Decis. 2m 15

4°

Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

J. B. Bekk, Ministerialrath in Karlsruhe

mit

Oberhofgerichtsrath **Trefurt** in Mannheim, den Hofgerichtsräthen **Aschbach** in Constanz, **Bayer** in Mannheim, **Sander** in Rastadt und **Woll** in Freiburg.

Fünfter Jahrgang.

Karlsruhe, 1837.

Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.

Digitized by Google

BIBLIOTECA
DE LA
MONASTERIO

Digitized by Google

Register.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Abgekürztes Verfahren, Beweisantretung in demselben 33.
Abweisung, angebrachtermaßen 273.
Aftererbsetzung 312.
Allmendgut, Vertheilung desselben 43, 236.
Amtsregistraturen, über 105.
Angebrachtermaßen, Abweisung 273.
Appellation, gegen ein Purificationserkenntniß 131; ohne Rücksicht der Summe 113; Verhandlungen vor dem Unterrichter 132; gegen Versäumungserkenntnisse 81; gegen Ladungserkenntnisse 167.
Arrest, persönlicher, als Sicherungsmittel 30.
Aufforderungsgesuche, über 108.
Ausdehnung der Parteischriften in Civilsachen 179.
Aushändigung einer Urkunde 227.
Ausländer, deren Gerichtsstand 258.

Befreiung vom Untersuchungsverhaft durch Caution 83.
Begnadigungsbitten, deren Behandlung 32.
Beschlüsse des Bürgerausschusses, über deren Gültigkeit 261.
Bestrafung der Rechnersuntreue 95.
Beweis, Anticipation 33, 78; Antretung im abgekürzten Verfahren 33; Mittheilung der Antretung an den Producten 237; Vortragung neuer Beweismittel in der Appellationsinstanz 1, 45; durch Urkunden 21; Verfahren vor Collegialgerichten 189.
Bürgerausschuß, über Gültigkeit dessen Beschlüsse 261.
Bürgermeister, deren Competenz 141.

Causa debendi, Saldo 215.
Caution zur Befreiung vom Untersuchungsverhaft, 83.
Cessionar, Klagrecht desselben gegen den Schuldner 85.
Competenz, der Bürgermeister 141; des Civilrichters bei Streitigkeiten wegen Frohndablösung 191; Conflicte 6; in Criminalsachen 59, 303; hofgerichtliche in Zoll- und Accis-Straffachen 180.
Computation, über 117.

Dienstbarkeiten, deren Erwerbung 37, 89, 128.
Dienstbotenordnung, deren Anwendung bei Klagen auf Erfüllung von Dienstverding 272.
Dunkelarrest 165.

Edictalladung flüchtiger Verbrecher 24.
Ehefrauen, deren Ermächtigung vor Gericht zu stehen 153; minderjährige, deren Rechtsstand 188; deren Unterpfandsrecht 72.
Ehescheidung wegen Ehebruchs 12; wegen Herzenshärtigkeit 66, 193; Ladungsversagung auf Ehescheidungsklage 201.
Eheverträge, Zeugenzug bei denselben 25, 49.
Ehrenkränkungssachen, Verfahren dabei 303.
Eid, Vorbehalt der Zuschiebung 168; Zurückschiebung 149.
Einreden, prozeßhindernde 3; der Vorausklage 11.
Eintritt in die Rechte des Gläubigers 301.
Entscheidung, richterliche, über Gleichförmigkeit derselben 20, 109.
Erbmasse, strittige, Forderung gegen eine solche 157.
Ermächtigung, gerichtliche, der Ehefrauen, um vor Gericht zu stehen 153.
Errungenschaftsgemeinschaft, über 205.
Ersatz der Kosten für Feldbestellung 151.

Forderung gegen eine strittige Erbmasse 157.
Formalien für eigenhändige Testamente 215; für geheime Testamente 286.
Fristen im Wechselprozeß 93.
Frohndablösung, Competenz des Civilrichters bei Streitigkeiten hierüber 191; Rechtsfall über 163.

Gebühren der Ortsvorgesetzten 44.
Gemeindebeamten, deren Stellung vor Gericht wegen Dienstvergehen 24.
Gemeinderechner, über Bestimmung deren Gehalte 261.
Gemeinschuldner, dessen Befugnisse nach erledigter Gant 60.
Gerichtsstand der Ausländer 258; der Grundherrn 188.
Gesammtwille 141.
Geständniß, als voller Beweis in Criminalsachen 121; Widerruf eines frühern 295.
Gleichförmigkeit der Richtersprüche 20, 109.
Grundherrn, deren Gerichtsstand 188.

Handlohn in Erbfällen 263.
Herzenshärtigkeit als Ehescheidungsgrund 66, 193.

Indicienbeweis 145, 177, 181, 249.
Inländer, über Vergehen derselben im Ausland 305.
Juden, Namensveränderung derselben 120.

Kindesmord, Rechtsfall 265.
Klage des Cessionars gegen den Schuldner 85.
Körperliche Züchtigung, über deren Abschaffung 165.
Körperverletzungen, über 297.
Kostenersatz für Feldbestellung 151.

Ladung, versagte, Appellation dagegen 167, 285; in Ehescheidungssachen 201.

Meineid, über 159.
Minderjährige, deren Unterpfandsrecht 72.

Namensveränderung der Juden 120.
Nachschiebung der Einrede der Vorausklage, in 2. Instanz 11.
Neue Thatsachen und Beweismittel, deren Vorbringen in 3 Instanz 1, 45.

Digitized by Google

Notariatsordnung, deren Gültigkeit für Amtsrevisoratsurkunden 25, 49.
Notorietät, über 47.

Oberappellation gegen Ladungsdecrete 167, 285.
Ordentlicher Richter in Criminalsachen 59.

Pensionen, über 155, 253; Ansprüche der Wittwen darauf 186.
Personalarrest als Sicherungsmittel 30, 129.
Pfandrecht für nicht klagbare Verbindlichkeiten 307.
Purificationserkenntniß, Appellation dagegen 131.

Realinjurien, über 297.
Rechnersuntreue, deren Bestrafung 95, 169, 289.
Recursbelehrung in Strafsachen 104.
Referiren, mündliches, in Strafsachen 276.
Registraturen bei Aemtern, über 105.
Restitution gegen Versäumnisse 13.
Rückweisungen an den Unterrichter 3, 309.

Schafweidegerechtigkeit 69, 173.
Schriftsätze, über deren Abfassung 179.
Schupflehensgesetz, über dessen Anwendung 229.
Servitut s. Dienstbarkeit.
Sicherung durch Personalarrest 30, 129.
Staatsanwalt, dessen Wirkungskreis 9.
Strafabkürzungen durch Dunkelarrest und Hungerkost 165.
Strafsachen, mündliches Referiren dabei 276.

Testamente, Form der eigenhändigen 215; Form der geheimen 286.
Thatbestand, über, bei einem Verwandtenmord 121.
Todesurtheil, Vollzug 48.
Tödung, Fall 277.

Unterpfandsrecht der Minderjährigen 72; auf eingeworfenen Liegenschaften 225.
Untersuchung, deren Suspendirung durch den Unterrichter 55; Akte auswärtiger Gerichte 235.
Untersuchungsrichter, ausländische 235.
Untersuchungsverhaft, Befreiung davon durch Caution 83.
Unzucht, deren Bestrafung 72.
Urkundenherausgabe, Rechtsfall hierüber 227; öffentliche Urkunden, deren Form 25, 49; als schriftlicher Beweisanfang 21.
Urtheilsvollstreckung 41.

Verbrecher, flüchtige, deren Edictalladung 24.
Vergleich, Gültigkeit eines mündlich abgeschlossenen 67.
Verhaft, persönlicher, als Sicherungsmittel 129.
Verjährung, Erwerbung von Dienstbarkeiten dadurch 89, 128.
Vermögensabsonderung, als Wirkung der Gant 53.
Versäumung, Appellation gegen Versäumungserkenntnisse 81; Wiederherstellung 13.
Vertheilung von Allmendgut 43, 236.
Verurtheilung auf Indicien 145, 177, 181, 249.
Verwandtenmord, Rechtsfall 121.
Verwundungen, über 220, 292.
Vollmacht zur Prozeßführung 223.
Vorausklage, Einrede der 11.
Vorbehalt der Eideszuschiebung 168.
Vorzugsrecht auf gepfändete Fahrnisse 57.

Wechselprozeß, welche Vollzugsfristen in Versäumungserkenntnissen zu bestimmen seien 93.
Widerruf eines abgelegten Geständnisses 295.
Widmung als Erwerbstitel einer Dienstbarkeit 37.
Wiederherstellung nach Ablauf der gewöhnlichen Frist dazu 137; gegen oberhofgerichtliche Urtheile 216; gegen Versäumnisse 13.
Wilderei, über deren Bestrafung 133.
Wittwen, deren Pensionsansprüche 186.

Zeugen, Beweis durch solche bei einer Urkunde 21; bei Eheverträgen 25, 49; über Verwerflichkeit derselben 224.
Zollordnung, §§. 157 — 164, über Verbringung von Waaren von Inland zu Inland mit Berührung des Auslandes 91.
Zoll- und Accisstrafsachen, hofgerichtliche Competenz 180.
Zurechnungsfähigkeit, über 97, 209, 241, 265, 277.
Zurückgabe einer Schuldurkunde 61.
Zurückschiebung des Eides 149.

Verzeichniß

derjenigen Sätze des Landrechts, welche in den Annalen erläutert sind.

L. R. S.	pag.	L. R. S.	pag.
218.	153.	1791.	203.
235.	12.	1831.	263.
865.	225.	2044.	67.
1282.	61.	2060.	129.
1325.	21.	2102.	57.
1360.	67.		

Verzeichniß

der §§. der Prozeßordnung, welche in den Annalen erläutert sind.

§. der Prozeßord.	pag.	§. der Prozeßord.	pag.
45.	258.	670.	15.
133.	223.	671.	15.
251.	117.	673.	33. 117.
289.	143.	694.	252.
358.	252.	773.	108.
364.	143.	938.	40.
508.	224.	1072.	57. 294.
653.	13.	1175.	113.
654.	14.	1177.	113.
655.	14.	1178.	81.
658.	14.	1206.	117.
659.	14.	1223.	3.
660.	14.	1236.	132.
661.	15. 137.	1238.	309.
667.	93.	1242.	1. 45.

Curiosa 84. 144. 179. 180. 234. 264.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 1. Karlsruhe den 7. Januar 1837.

I.

Zur Erläuterung des §. 1242 der Prozeßordnung.

Der oben erwähnte §. 1242 der P. O. lautet wörtlich folgendermaßen:

„Im Rechtszuge der Oberappellation findet kein Vorbringen neuer Thatsachen, oder neuer Beweismittel, mehr Statt."

„Das oberste Gericht läßt jedoch diejenigen Beweismittel erheben, deren Zulassung früher mit Unrecht versagt, oder deren Erhebung in früherer Instanz unvollständig, oder mit Verletzung gesetzlicher Vorschriften geschehen war."

In sofern es sich nun um das Vorbringen neuer Thatsachen handelt, bedarf es hier keiner Erläuterung, denn in dieser Hinsicht spricht der allegirte Paragraph klar aus, daß ein solches Vorbringen in dritter Instanz nicht mehr Statt findet, so daß hierüber nicht wohl ein Zweifel entstehen kann.

Nicht so klar will man dagegen die Sache in Ansehung des Gebrauchs neuer Beweismittel finden. Vielfältig nämlich wird der diesfallsigen Bestimmung des §. 1242 die Deutung gegeben, als seien unter dem Ausdrucke „neue Beweismittel" überhaupt alle jene Beweise zu verstehen, welche nicht schon in den Verhandlungen der beiden vorderen Instanzen vorkommen. Daraus will sofort die Folge abgeleitet werden:

daß im dritten Rechtszuge niemals, folglich auch dann nicht vom Richter auf Beweis erkannt werden könne, wenn die Richter der früheren Instanzen die bestrittenen Thatsachen entweder gar nicht, oder etwa nur solche zum Beweis ausgesetzt haben, welche an sich unerheblich sind, oder aber wenn der Beweis der unrechten Partei, d. i. nicht dem beweispflichtigen Theile, auferlegt würde.

Die hierfür geltend gemachten Argumente sind im Wesentlichen die:

a) Die dritte Instanz sei eine bloße Revisionsinstanz, und b) durch eine Beweisauflage würde der Richter selbst die Parteien zum Vortrage neuer Beweismittel, deren Gebrauch der §. 1242 der P. O. nun einmal unbedingt verbiete, provociren.

So einleuchtend diese Ansicht beim ersten Anblick der Sache scheinen mag, so stellt sie sich doch bei näherer Betrachtung als unrichtig, und dem Geiste unserer Prozeßordnung geradezu widersprechend dar, was aus nachstehenden Bemerkungen zur Genüge hervorgehen dürfte.

Bekanntermaßen ist nach §. 1240 der P. O. das Verfahren im Rechtszuge der Oberappellation — sofern nicht eine besondere Abweichung statuirt ist — ganz dasselbe, wie bei den Appellationen, und auf die gleiche Weise bestimmt auch der §. 1171 der P. O., daß das Appellationsverfahren sich im Ganzen nach den nämlichen Vorschriften richte, welche für das Verfahren erster Instanz nach eingereichter Klage gegeben sind, mit den Verschiedenheiten, welche die Bestimmungen der nachfolgenden Titel enthalten.

Daraus geht also schon im Allgemeinen so viel hervor, daß, so weit es sich um eine Abweichung des Verfahrens in der Oberappellationsinstanz von dem Verfahren in den früheren Instanzen handelt, diese Abweichung so interpretirt werden muß, daß sie vereinbarlich bleibt mit denjenigen Bestimmungen, welche für die früheren Instanzen gegeben sind.

Nach den Bestimmungen nun, welche für das Verfahren in erster Instanz bestehen (§§. 393, 396, 397 und 249 der P. O.) ist es im ordentlichen Prozesse (im Gegensatz vom summarischen) überall Pflicht des Richters, die erheblichen Thatsachen, welche zwischen den Parteien streitig und unerwiesen sind, zum Beweise auszusetzen, und die Parteien sind nicht verbunden, ihre Beweise unaufgefordert anzutreten, ja es ist sogar die Zulässigkeit dieser Beweisanticipation auf gewisse Beweismittel, nämlich auf Urkunden und richterlichen Augenschein, beschränkt. Auf gleiche Weise sind auch in der Appellationsinstanz die Parteien in dem Falle, wenn etwa der Unterrichter unterlassen hat, ein Beweiserkenntniß zu ertheilen, zur Beweisanticipation nicht ver-

Digitized by Google

pflichtet, sondern es hängt dies nach §. 1170, Absatz 4, und 1218, Absatz 5 der P. O. lediglich von ihrer Willkühr ab, und sie sind folglich auch hier berechtigt, mit der Beweisantretung so langr zurückzuhalten, bis sie hierzu vom Richter die Aufforderung erhalten.

Es leuchtet nun von selbst ein, daß mit diesem Rechte der Parteien, zum Vortrag ihrer Beweismittel eine richterliche Aufforderung und Fristbestimmung abwarten zu dürfen, die im Eingangr dieses Aufsatzes erwähnte Auslegung des §. 1242 der P. O. platterdings unvereinbarlich wäre. — Denn wollte man unter dem dort vorkommenden Ausdrucke: „neuer Beweise" allgemein alle jene Beweise verstehen, welche nicht schon in den Verhandlungen der beiden vorderen Instanzen enthalten sind, so könnten es die Parteien in den früheren Instanzen niemals darauf ankommen lassen, ein Beweiserkenntniß des Richters abzuwarten, sondern sie müßten bei der Ungewißheit, ob ein Beweiserkenntniß wirklich erfolgen werde, oder nicht, nothwendig in allen Fällen ihre Beweise anticipiren, indem sie im Unterlassungsfalle zu besorgen hätten, ihre in Händen habenden Beweise blos darum in dritter Instanz zu verlieren, weil die Richter der früheren Instanzen nicht auf Beweis erkannt, folglich etwas unterlassen haben, wozu sie nach dem Gesetze verbunden gewesen wären. Am übelsten aber würden die Parteien mit denjenigen Beweismitteln daran seyn, rücksichtlich deren nach §. 249 der P. O. die Beweisanticipation für unzulässig erklärt ist. Der Gebrauch dieser Beweismittel wäre ihnen offenbar ganz abgeschnitten. Auf solche Art hienge es in gewissem Betracht lediglich von der Willkühr oder von Mißgriffen der früheren Richter ab, die Parteien dadurch ganz oder zum Theil um ihre Beweise zu bringen, und ihre Rechtsverfolgung in dritter Instanz unwirksam zu machen, daß dieselben die Ertheilung der vorgeschriebenen Beweiserkenntnisse, wodurch den Parteien Zeit und Gelegenheit gegeben werden soll, ihre Beweise unbeschränkt anzutreten, geradezu unterlassen. Denn wenn nun zugleich auch die Parteien unterlassen haben, ihre Beweise zu anticipiren, so könnten sie solche in der dritten Instanz gar nicht mehr vorbringen, weil man ihnen hier entgegenhalten würde, daß alle Beweise, welche nicht schon in den vordreinstanzlichen Verhandlungen liegen, neu, und folglich im dritten Rechtszuge unzulässig seien.

So etwas Ungereimtes kann indeß unmöglich der Sinn des §. 1242 der P. O. seyn.

Man wird denselben vielmehr so auslegen müssen, daß unter dem Ausdrucke „neuer Beweismittel" nur solche Beweismittel zu verstehen seien, welche die Parteien in den früheren Instanzen auf die an sie ergangene gerichtliche Aufforderung beizubringen unterlassen haben.

Dies ergiebt sich meines Erachtens klar aus der Vergleichung des §. 1242 mit dem §. 1221 der P. O. — Dieser letztere Paragraph setzt nämlich für die Appellationsinstanz als Regel fest, daß dort neue Thatsachen und neue Beweismittel jeglicher Art zulässig seien, und schließt in letzterer Beziehung ausnahmsweise nur den Gebrauch solcher Beweismittel aus, deren eine Partei in erster Instanz Kraft eines Versäumungserkenntnisses verlustig geworden ist. Hiernach können die Parteien in der Appellationsinstanz selbst dann noch Beweismittel nachbringen, wenn in erster Instanz schon auf Beweis erkannt, und zu diesem Zweck eine Beweisfrist festgesetzt war. Das Gesetz gestattet ihnen gleichsam, in erster Instanz nicht alle ihre Beweismittel benutzen zu dürfen, und überläßt ihnen, solche theilweise für die Appellationsinstanz aufzubewahren.

Blos im Gegensatze von dieser Vergünstigung des §. 1221 der P. O. muß nun das im §. 1242 für die Oberappellation gegebene Verbot des Vorbringens neuer Beweismittel erklärt werden. In dieser obersten Instanz nämlich soll es den Parteien, wenn solche in den früheren Instanzen durch ein gehörig beschaffenes Beweiserkenntniß zum Vorbringen ihrer Beweismittel aufgefordert wurden, nicht mehr gestattet seyn, Beweise nachzuschieben, und die auf diese Weise nachgeschobenen Beweise allein sind es, welche das Verbot des §. 1242 im Auge hat. Der Grund hiervon ist einfach der, damit eine zum Beweise aufgeforderte Partei nicht etwa aus Chikane u. s. w. ihre besten Beweismittel auf die letzte Instanz versparen, und dadurch den Ausgang des Prozesses verzögern kann.

Sind dagegen die Parteien noch gar nicht in die Lage der Nothwendigkeit versetzt worden, ihre Beweise beizubringen, oder hat — mit andern Worten — noch gar kein Beweisverfahren Statt gefunden, so muß es denselben auch in der dritten Instanz noch gestattet seyn, ihre Beweise geltend zu machen, und es ist Pflicht des obersten Richters, nunmehr ein der Sachlage angemessenes Beweiserkenntniß zu erlassen.

Es liegt dies auch ganz in der Natur der Dinge. Der oberste Richter tritt bei der rechtlichen Beurtheilung des ihm zur Entscheidung gegebenen Falles immer auf den Standpunkt der früheren Richter zurück. Wenn er also findet, daß in der Lage, in welcher sich der Prozeß bei den früheren Richtern befand, von diesen etwas unterlassen wurde, was die Prozeßordnung vorschreibt, so ist es offenbar seine Sache, diesen Fehler, wenn er auf die Entscheidung von Einfluß ist, zu verbessern, und überhaupt dasjenige zu beschließen, was die früheren Richter dem Gesetze gemäß hätten beschließen sollen. Dieses gilt nun namentlich auch in Bezug auf die Vorschriften über das Beweisverfahren. Haben die früheren Richter unterlassen, erhebliche Thatsachen, welche bestritten und unerwiesen geblieben waren, zum Beweise auszusetzen, oder war sonst ihr Beweiserkenntniß fehlerhaft, so muß nun

Digitized by Google

eben der Richter der dritten Instanz das dem Gesetze nach angemessene Beweiserkenntniß erlassen. Im entgegengesetzten Falle, wenn man nämlich annehmen wollte, der oberste Richter könne einen solchen Mangel des Verfahrens gar nicht mehr verbessern, würde derselbe manchmal in die Lage kommen, blos deswegen das nach seiner Ueberzeugung Rechtliche in der Sache nicht erkennen zu können, weil die Richter der vorderen Instanzen sich Fehler im Verfahren haben zu Schulden kommen lassen.

In einem vor Kurzem bei dem Großh. Oberhofgerichte selbst vorgekommenen Falle hat sich das Ungereimte dieser entgegengesetzten Theorie (welche übrigens demungeachtet ihre Anhänger hat) in einem ziemlich grellen Lichte gezeigt. A. hatte gegen den B. die Negatorienklage angestellt. Die Richter der früheren Instanzen hatten den Kläger als den beweispflichtigen Theil angesehen, und diesem daher den Beweis auferlegt. Weil er solchen aber nicht rechtsgenüglich zu führen im Stande war, so wurde er in beiden früheren Instanzen mit seiner Negatorienklage abgewiesen. Er appellirte nun weiter an das Großh. Oberhofgericht. Dieses war dann der Meinung, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte der Beweispflichtige sei. Dieser hatte nun für das von ihm behauptete, und vom Kläger widersprochene Dienstbarkeitsrecht noch gar keinen Beweis angetreten, weil ihm ein solcher in den vorderen Instanzen überall nicht auferlegt war. Nach der Theorie also, daß der §. 1242 unbedingt die Erlassung eines Beweiserkenntnisses in dritter Instanz verbiete, hätte nunmehr der Beklagte wegen Mangels des Beweises seiner Einrede geradezu für sachfällig erklärt werden müssen, und dies selbst dann, wenn er in der dritten Instanz diesen Beweis vollständig anticipirt hätte, weil man ihm in diesem Falle hätte entgegensetzen müssen, daß seine Beweismittel, da sie nicht schon in den Verhandlungen der früheren Instanzen vorgekommen, neu, und folglich nach §. 1242 in der dritten Instanz nicht mehr zulässig seien.

Das Gefährdevolle eines solchen Verfahrens liegt wohl klar am Tage. Während nämlich der Beklagte in den beiden vorderen Instanzen nicht verpflichtet war *), einen Beweis anzutreten, sondern damit bis zu einer richterlichen Auflage zuwarten konnte, sieht er sich nun auf einmal in dritter Instanz des Gebrauchs seiner Beweismittel beraubt, und zwar durch einen Fehler der früheren Richter beraubt, weil diese unterlassen haben, ihn zum Beweise aufzufordern. Auffallend wäre es, wenn hiernach die Partei unter den Mißgriffen der Richter leiden müßte, und der oberste Richter nicht befugt wäre, solchen Mißgriffen abzuhelfen.

Indessen ist in dem hier angeführten Falle die Majorität des Collegiums beim Großh. Oberhofgericht den in dem gegenwärtigen Aufsatze entwickelten Ansichten über den §. 1242 der P. O. gefolgt, und hat vorerst dem Beklagten den Beweis seiner Einrede durch ein Zwischenerkenntniß auferlegt.

Litschgi.

*) Ja, sage: während ihm gar nicht gestattet war, den Beweis früher anzutreten! — Die Grunddienstbarkeiten werden in den häufigsten Fällen nur durch Verjährung begründet, und diese kann meistens nur durch Zeugen dargethan werden. War nun dies auch in dem oben angeführten Dienstbarkeitsstreite der Fall, so durfte der Beklagte den ihm obliegenden Beweis seines Dienstbarkeitsrechts in den beiden vorderen Instanzen, wo ihm keine Beweisauflage gemacht wurde, nach §. 249 der P. O. unaufgefordert gar nicht antreten. Er wäre also des Rechts, den nach dem Ermessen des obersten Gerichtshofes ihm obliegenden Beweis in irgend einer Instanz anzutreten, durchaus beraubt, wenn der oberste Gerichtshof ihn damit nicht noch zulassen könnte.

Dieses Verhältniß wird, wenn man nicht Widersprüche verschiedener Vorschriften des Gesetzes unter sich annehmen will, nöthig machen, daß man unter dem Ausdrucke „neue Beweismittel" im §. 1242 nur diejenigen begreife, welche nicht in dem durch gesetzliche Vorschrift für sie bestimmten Prozeßabschnitte, sondern erst später oder nachträglich, d. i. neuerlich oder aufs Neue vorgebracht werden.

D. R.

II.

Rechtsfall über prozeßhindernde Einreden und das dabei Statt findende Verfahren, mit Rücksicht auf §. 1223 der Prozeßordnung.

Xaver Stigler von Ohlsbach erhob gegen die dortige Gemeinde eine Entschädigungsklage, gegründet auf die Behauptung, daß die Beklagte seinem Großvater eine Wirthschaft unter der Bedingung verkauft habe, daß die Gemeinde neben der verkauften Wirthschaft keine andere aufkommen lassen wollte, welche Bedingung die Gemeinde in neuester Zeit, durch Unterstützung einer andern Wirthschaftsberechtigung, verletzt, und dadurch den Kläger, welcher Rechtsnachfolger seines Großvaters geworden, beeinträchtigt habe.

Die beklagte Gemeinde widersprach die active und passive Legitimation des Klägers, weil in der Klage nicht angeführt sei, daß mit dem Wirthshause des Simon Stigler (Großvaters des Klägers) auch dessen angebliches Monopol auf den Kläger übergegangen sei, und weil nicht die Beklagte, sondern der Magistrat der vormaligen Reichsstadt Gengenbach, zu welcher Ohlsbach gehörte, die fragliche Wirthschaft verkauft und die Bedingungen festgesetzt habe, auch nur dieser Magistrat ein Monopol habe verleihen können, weshalb die Gemeinde Ohlsbach die unrechte Beklagte sei.

Auf den Grund dieses Widerspruches bat die Gemeinde, sie von der Einlassungspflicht auf die erhobene Klage zu befreien und letztere abzuweisen, ließ sich jedoch eventuell

Digitized by Google

auf die Klage selbst ein, indem sie den thatsächlichen Grund der letzteren in Abrede stellte.

Der Kläger, von einem Anwalt begleitet, erklärte hierauf, daß er vorerst ein Erkenntniß über die von der Beklagten vorgeschützten prozeßhindernden Einreden beantrage, welches nunmehr auch von dem Amt dahin erlassen wurde, daß die von der beklagten Gemeinde als prozeßhindernd vorgeschützten Einreden für begründet und erwiesen zu erachten, und deshalb Kläger, unter Verfällung in die Kosten, mit seiner Entschädigungsklage ab- und zur Ruhe zu verweisen sei.

Auf eingelegte Berufung des Klägers reformirte das mittelrheinische Hofgericht das Erkenntniß der ersten Instanz dahin, daß die von der beklagten Gemeinde vorgeschützten prozeßhindernden Einreden, als solche, zu verwerfen seien, und das Amt, auf den Grund der von der Beklagten eventuell vorgetragenen Einlassung auf die Klage, weiter zu verhandeln und zu erkennen habe.

Hiergegen appellirte die Beklagte an den obersten Gerichtshof, und dieser änderte das hofgerichtliche Urtheil hinsichtlich des Punktes, daß das Amt weiter zu verhandeln und zu erkennen habe, dahin ab, daß das Hofgericht in der Hauptsache selbst zu erkennen habe.

Einsender dieses glaubt jedoch, daß sich die oberstrichterliche Entscheidung weder in formeller, noch in materieller Hinsicht rechtfertigen lasse, und will seine Bedenken hier zur weiteren Prüfung der einschlagenden Bestimmungen der Prozeßordnung niederlegen.

I. In formeller Beziehung scheint es, daß eine Oberappellation hier gar nicht zulässig war. Zwar sagen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, daß die Zulässigkeit der Oberberufung keinem Zweifel unterliegen könne, weil das Hofgericht nicht blos über die vorgebrachten Einreden erkannt, sondern beziehungsweise auch das amtliche Endurtheil aufgehoben habe.

Erwägt man jedoch, daß das Hofgericht die von der Beklagten vorgeschützten prozeßhindernden Einreden lediglich als solche, d. h. in ihrer formellen Eigenschaft, verworfen hat, ohne auf den materiellen Gehalt derselben einzugehen, vielmehr das Erkenntniß hierüber vorerst dem Richter erster Instanz überlassend, welcher aus materiellen Gründen sein voriges Erkenntniß wiederherstellen konnte, so kann man wohl nicht behaupten, daß der beklagten Gemeinde durch das hofgerichtliche Erkenntniß bereits der Streitgegenstand, oder ein Theil desselben aberkannt worden sei, wie dieses die §§. 1172 und 1240 der Prozeßordnung zur formellen Begründung der Appellation, resp. Oberappellation, als Regel voraussetzen. Das hofgerichtliche Erkenntniß erscheint auch keineswegs als ein Urtheil im Sinne des §. 1172 der Prozeßordnung, sondern lediglich als eine prozeßleitende Verfügung, welche die Beklagte zur Einlassung für verbunden erachtet, und wogegen, nach den klaren Bestimmungen der §§. 390 und 1175, Nr. 2 der Prozeßordnung, kein Rechtsmittel zulässig ist.

Zudem steht der vorwürfigen Appellation die besondere Vorschrift des §. 303 der Prozeßordnung entgegen, wornach hier überhaupt gar kein Rechtsmittel Statt findet, weil es dem Beklagten frei steht, von der nur als prozeßhindernd verworfenen Einrede bei Verhandlung der Hauptsache noch Gebrauch zu machen.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe halten zwar die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache schlechthin für eine verzögerliche Einrede, und es könnte daraus nach §. 302 der Prozeßordnung die Zulässigkeit einer Oberberufung gefolgert werden, allein einmal setzt der gedachte §. 302 wohl voraus, daß die Einrede unbedingt, und nicht blos in ihrer formellen Qualität als prozeßhindernd verworfen worden sei, und fürs andere kann die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache nicht so schlechthin, und im vorliegenden Falle gar nicht als verzögerliche Einrede betrachtet werden.

Verzögerlich ist nämlich diese Einrede nur in dem Falle des §. 92, Nr. 2 der Prozeßordnung, wenn die thatsächliche Begründung der Legitimation gar nicht, oder ungenügend, angeführt ist. Sind aber die Thatsachen, wie in dem vorliegenden Falle, angeführt, und werden dieselben von der Gegenpartei widersprochen, so ist dieser Widerspruch nach der klaren Bestimmung des §. 92, Nr. 3 überall nicht als verzögerliche Einrede, sondern nur als eine verneinende Antwort in der Hauptsache zu betrachten.

Gerade aus diesem Grunde hat das Hofgericht die Einrede der fehlenden Passivlegitimation als prozeßhindernd verworfen und auf die Litiscontestation verwiesen, und was die Activlegitimation des Klägers betrifft, theils auf den Grund des nämlichen §. 92, Nr. 3, theils weil man dieselbe für factisch hergestellt hielt, das Gleiche erkannt.

Aus allen diesen Gründen möchte sich die Zulässigkeit der Oberberufung hier wohl eben so füglich bestreiten lassen, als wenn das Hofgericht eine vom Amt versagte Ladung für zulässig erklärt, und die weitere Verhandlung und Entscheidung an dieses verwiesen hätte.

II. In materieller Beziehung scheint zwar der oberhofgerichtlichen Entscheidung die Bestimmung des §. 1227 der Prozeßordnung mächtig zur Seite zu stehen, worauf sich auch neben der Analogie des §. 1238, Abs. 2 der Prozeßordnung in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen bezogen worden ist. Die nur gedachte Analogie aus §. 1238 paßt wohl offenbar nicht hierher, da in dem Falle dieses Gesetzes dem Richter erster Instanz eine andere Ueberzeugung aufgedrungen und eine weitere Verhandlung vor

Digitized by Google

demselben zwecklos seyn würde, während hier, wie ad 1. gezeigt worden ist, über den materiellen Gehalt der Sache vom Oberrichter noch gar nicht erkannt, die Ueberzeugung des Unterrichters daher in sofern durchaus nicht beschränkt, und diesem unbenommen ist, sein voriges Erkenntniß wiederherzustellen, oder aber auf den Grund der weiteren thatsächlichen Anführungen und Beweise des Klägers anders zu urtheilen.

Was aber den auch sonst bestrittenen §. 1223 der Prozeßordnung betrifft, so muß zwar zugegeben werden, daß hier nach Form und Wirkung des amtlichen Erkenntnisses ein Endurtheil vorliege, allein gleichwohl unterscheidet sich dieses von einem Endurtheile in der Hauptsache durch den wesentlichen Umstand, daß dem letzteren eine vollständige Verhandlung der Sache selbst vorausgegangen seyn muß, während hier nur über ein Vorbringen des beklagten Theils erkannt worden ist, womit sich dieser gegen die Pflicht der Einlassung auf die Klage, somit gegen die Einleitung eines vollständigen Verfahrens, schützen wollte.

Wenn nun der Unterrichter dieses Vorbringen für eine solche prozeßhindernde Einrede gehalten hat, wodurch die Klage in ihrem ganzen Umfange zerstört würde, und wenn er diese Einrede in seinem Erkenntnisse für begründet und erwiesen erklärt, und deshalb den Kläger abgewiesen hat, so kann man nicht mit den Entscheidungsgründen des Oberhofgerichts hierin eine motivirte Abweisung in der Hauptsache erblicken, sondern muß annehmen, wie auch der Unterrichter durch Erklärung summarischer Appellationsfatalien angenommen hat (obgleich diese Belehrung aus anderem Grund unrichtig erscheint), daß nach §. 300 und 306 der Prozeßordnung nur über einen Zwischenpunkt verhandelt und entschieden worden sei.

Diese Entscheidung macht zwar ein Erkenntniß in der Hauptsache überflüssig (vergl. Martin Lehrbuch des Prozesses, 7. Aufl. §. 166), ist aber darum nicht das letztere selbst, obwohl jene nach Form und Wirkung mit diesem übereinstimmt, indem jedesmal, wenn zerstörliche prozeßhindernde Einreden für gegründet und erwiesen erkannt werden, Entbindung des Beklagten von der Klage, oder Abweisung des Klägers erfolgen muß.

Auch die Bestätigung einer unterrichterlichen Ladungsverfagung hat gegen den Appellanten die Kraft und Wirkung eines Urtheils, ohne letzteres an und für sich zu seyn, und doch hat noch Niemand bezweifelt, daß, wenn die Ladung, in Folge eingelegter Oberberufung, für zuläßig erklärt wird, in den Fällen der §§. 357, 359 und 360 der Prozeßordnung eine Remission der Sache an den ersten Richter erfolgen muß. Eben so hat ein Versäumungserkenntniß, oder die Verwerfung einer nachgesuchten Wiederherstellung, oder die Entbindung des Beklagten von der Instanz (Prozeßordnung §. 309) unter Umständen die Wirkung eines Endurtheils. Wird aber auf eingelegte Berufung zu Gunsten des Appellanten erkannt, so wird wohl ohne Zweifel eine Remission der Hauptsache an den vorigen Richter ausgesprochen werden müssen. Ja sogar in Fällen, wo der Kläger auf vollständige Verhandlung angebrachtermaßen, oder zur Zeit abgewiesen wird, also ein wahres, in seiner Wirkung einem Enderkenntnisse ganz gleiches Urtheil vorliegt, wird bei abweichender Ansicht des Oberrichters die Sache an den ersten Richter zu verweisen seyn, weil sonst jener Richter leicht in den Fall kommen könnte, entweder gegen seine Ueberzeugung das unterrichterliche Erkenntniß zu bestätigen, oder gegen die Vorschrift des §. 1167 der Prozeßordnung zum Nachtheil des Appellanten abzuändern.

Nach allem diesem möchte die Vorschrift des §. 1223, in Verbindung mit §. 1224, nur auf solche Endurtheile zu beziehen seyn, welche nach gepflogener Verhandlung in der Hauptsache, also wenigstens nach erfolgter Streiteinlassung, und zwar über den Gehalt der Sache, d. h. das streitige Rechtsverhältniß selbst, ergehen. Nur hinsichtlich solcher Endurtheile wird sich die in dem Gesetz verfügte Ausnahme von dem geordneten Instanzenzug rechtfertigen lassen, und dahin zu verstehen seyn, daß in solchen Fällen wegen blos formeller Ergänzungen keine Remission der Sache an den vorigen Richter geschehen soll. Umgekehrt aber läßt sich kein Grund denken, da, wo der Unterrichter nur über formelle, oder Zwischenpunkte, und in der Hauptsache noch nicht erkannt hat, diese selbst sofort an den Oberrichter zu überweisen, wohl aber spricht gegen solche Auslegung des §. 1223 der Prozeßordnung die bekannte Auslegungsregel, daß singuläre Gesetze gar nicht, und am wenigsten gegen den Grund des Gesetzes, ausgedehnt werden sollen.

Immerhin möchte eine weitere Erörterung des §. 1223 wünschenswerth, und der Vorwurf der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe in unserem Falle unbegründet seyn, daß das Hofgericht durch die verfügte Remission der Sache an den ersten Richter klare Vorschriftrn des Verfahrens verletzt habe.

Haaß.

Anm. der Red. — Wenn man den §. 1223 der Prozeßordnung nicht gegen den Grund desselben ausdehnen darf, so darf man auf der andern Seite ihn auch nicht willkührlich beschränken.

Wendet man ihn aber ohne Beschränkung, so wie ohne Ausdehnung, lediglich seinem ganz bestimmten Wortlaute nach an, so wird man auf die im Paragraphen gar nicht berührte Frage, ob viel oder wenig Verhandlung vorausgegangen sei, nicht sehen dürfen, sondern überall, wo ein Endurtheil vorliegt, aber auch nur so weit ein Endurtheil vorliegt, die Sache ohne Remission beim Obergerichte zu erledigen haben.

Digitized by Google

Wenn also das Urtheil nur über einen Zwischenpunkt ergieng, so ist auch in zweiter Instanz nur über diesen Zwischenpunkt, nicht aber auch über die Hauptsache, ohne Remission zu erkennen. Hat der Unterrichter nur die Ladung versagt, so hat der Oberrichter auch nur über die Ladungszulassung, und nicht über die Hauptsache zu erkennen, den Fall des §. 358 ausgenommen, wo die Ladungsversagung als ein Enderkenntniß in der Hauptsache gilt.

Hat der Unterrichter die nachgesuchte Wiederherstellung verworfen, so hat der Oberrichter nur über diese Wiederherstellung zu erkennen, im Falle ihrer Zulassung aber das weitere Verfahren in der Hauptsache an den Unterrichter zurückzuweisen.

Im vorliegenden Falle hat aber der Unterrichter wirklich schon in der Hauptsache erkannt, indem er nicht blos die vorgeschützte Einrede begründet erklärte und den Kläger zu einer bessern Nachweisung der Activ- und Passivlegitimation anwies, sondern aussprach, daß der

„Kläger, unter Verfällung in die Kosten, mit seiner Entschädigungsklage ab- und zur Ruhe zu verwiesen sei."

Ob das Amt mit Recht schon ein solches Enderkenntniß gegeben habe, oder ob es nur einen Vorbescheid hätte geben sollen, — darauf kommt es nach §. 1223 hierbei nicht an, es genügt vielmehr an der Thatsache, daß eben ein solches Enderkenntniß gegeben wurde.

Mir scheint übrigens, daß, so oft eine zerstörliche Einrede als prozeßhindernd zugelassen wird, eben damit auch die Klage definitiv zu verwerfen sei.

Man kann die zerstörliche Einrede als prozeßhindernd verwerfen und ihre Geltendmachung neben der Einlassung im gewöhnlichen Wege vorbehalten. Man kann aber, wenn die Einrede begründet ist, ihre zerstörliche Wirkung nur damit anerkennen, daß man die Klage, als dadurch vernichtet, definitiv verwirft; wogegen da, wo die begründete Einrede ihrer Natur nach nur verzögerlich ist, die Befreiung von der Einlassung nur als vorübergehend, nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt, oder bis die Klage das Mangelnde nachgeholt habe, ausgesprochen werden kann.

Hätte der Kläger die Thatumstände, auf welchen die Legitimation beruht, nicht hinreichend angegeben, so hätte das Amt die hierauf gerichtete Einrede nur als eine verzögerliche durch einen solchen Vorbescheid zu erledigen gehabt. Hat er aber z. B. angegeben, oder auf die desfallsige Einwendung hin zugestanden, daß sein Vorfahrer die Wirthschaft mit dem Monopol von dem Magistrat in Gengenbach erkauft habe, so konnte das Amt die hierauf gerichtete prozeßhindernde Einrede der beklagten Gemeinde, welche für die Handlungen des Magistrats in Gengenbach nicht haften wollte, als zerstörlich annehmen und die Klage als darnach ganz unbegründet lediglich verwerfen. Da nun das Amt dies that, so mußte das Obergericht, wenn es anderer Ansicht war, nach §. 1223 allerdings in der Sache ohne Remission selbst verhandeln und erkennen, wie im Falle des §. 358. — Hätte aber das Amt auch mit Unrecht schon definitiv erkannt, so könnte, wie schon gesagt, auch dies nach §. 1223 hieran nichts ändern.

Der Umstand, daß das Amt ein Enderkenntniß gab und den Kläger, ohne allen Vorbehalt, definitiv abwies, das Hofgericht aber dieses Erkenntniß wieder aufhob und eine neue Verhandlung anordnete, wird übrigens auch die oberhofgerichtliche Competenz in dritter Instanz begründet haben, wenn gleich an und für sich Erkenntnisse, durch welche zerstörliche Einreden als prozeßhindernd verworfen, sie aber zum Gebrauch neben der Einlassung vorbehalten, nach §. 303 sonst keinem Rechtsmittel unterliegen. Es ist nämlich hier durch das hofgerichtliche Urtheil nicht blos, wie sonst in erster Instanz, die Einrede als prozeßhindernd verworfen, sondern es ist zugleich das Urtheil des Amts, durch das die Beklagte von der Klage bereits definitiv entbunden war, aufgehoben, und darin liegt für den Kläger nicht blos eine prozeßleitende Verfügung, sondern eine wirkliche Benachtheiligung. D. R.

III.

Ueber die Competenzconflicte.

Wie in allen Rechtsfragen, so auch hier, müssen die allgemeinen Grundsätze zuerst abgehandelt werden, ehe ein einzelner Fall kann richtig entschieden werden.

Das Recht im weitesten Sinne läßt sich in verschiedene große Eintheilungen zusammenfassen:

1) Das Staatsrecht, die politischen Rechte, die Verfassung, organische Einrichtungen der Staatsbehörden.

2) Das Recht der Menschen, Privatrecht, Landrecht.

3) Gemeindeordnung.

4) Strafgesetzbuch.

5) Polizeirecht, Steuer- und Finanzgesetzgebung, Militärconscriptionsordnung, Lehnrecht, Kirchenrecht, Zollordnung, Forstgesetzordnung u. s. w.

Jedes dieser Hauptgesetzbücher sollte seine Vollzugsordnung oder Prozeßordnung haben, vermittelst welcher der einzelne Fall, wirklich geworden, in Vollzug kommt.

Im Staate bestehen drei verschiedene Gewalten:

1) Die gesetzgebende, welche die Gesetze macht und also bestimmt, daß Jedes, was da geschieht, auf eine gewisse (gesetzliche) Weise regulirt werden soll, ehe der Fall wirklich ist.

2) Die vollziehende, welche den vorgekommenen Fall vollzieht, und

3) da es oft streitig ist, welches Gesetz anzuwenden und

Digitized by Google

wie es verstanden werden soll, die richterliche Gewalt, welche den bestrittenen Fall entscheidet.

Diese Trennung der Gewalten ist nun je nach den verschiedenen Verfassungen bald sehr scharf, bald sehr vermischt. Der natürliche Grundsatz ist, es soll Keiner Partei und Richter zu gleicher Zeit seyn; daher der Gesetzgeber und der Vollzieher des Gesetzes nicht zugleich Richter seyn soll.

Es müßten daher für jedes Gesetzbuch zwei Behörden bestellt seyn, die vollziehende und die richterliche. Zum Theil ist dieser Grundsatz durchgeführt, z. B. für das Privatrecht die Instanzen; wo ein öffentlicher Ankläger (ministère public) besteht, auch für das Strafgesetzbuch; in vielen anderen Gesetzestheilen aber nicht.

Um nun die Frage der Competenz zu entscheiden, ist vor allen Dingen nöthig, zu bestimmen, was in jedem der verschiedenen Gesetzbücher abgehandelt wurde.

Es läßt sich sehr leicht aus dem ganzen Umfang des Gesetzbuches herausfinden, welcher allgemeine Bezirk von Rechten in dem besondern Gesetzbuche, z. B. Privatrecht, Lehnrecht, vom Gesetzgeber entschieden worden ist.

Es kommen daher bei jedem einzelnen Falle zwei Fragen vor:

1) In welches Gesetzbuch gehört der Fall, von welchem es sich handelt?

2) Welche Behörde ist die richterliche, für den Fall nur bestritten?

So lange jede Frage in allen ihren Nebenfragen, in ihrem großen Zusammenhang aus dem einen Gesetzbuch allein genommen ist, so lassen sich beide Fragen leicht beantworten, und wird hierüber nicht wohl ein Competenzconflict entstehen.

Aber schwieriger wird die Beantwortung, wenn mehrere Fragen vorkommen, von denen eine aus einem Gesetzestheile, und andere aus anderen Gesetzbüchern genommen sind. Z. B. Fragen aus dem politischen Rechte, dem Kirchenrechte und dem Privatrechte. Alsdann besteht eine materielle Connexität, welche jedesmal vorhanden ist, so wie mehrere Sachen in Beziehung auf einander stehen, daß eine ohne die andere gar nicht entschieden werden kann.

Hier wird nun wohl mit Recht angenommen, daß der Richter zuständig für die Hauptfrage, welche zuerst ermittelt werden muß, auch zuständig für die vorbereitende und Präjudicialsache ist. Martin Prozeß §. 28, Thibaut Pandecten Theil 3 §. 1075, Dantz Prozeß §. 33. Die Nothwendigkeit hat diese Bestimmung eingeführt, denn so wie ein Richter zuständig für die Hauptfrage ist, so kann er solche gar nicht aburtheilen, wenn er nicht die Nebensache mit aburtheilt. Es bliebe nur übrig, diese Nebensachen an einen andern Richter, den zuständigen, wenn diese Nebensache Hauptfrage geworden wäre, zu weisen, und der erste Richter müßte also so lange zuwarten, bis jeder zuständige Richter die Nebensache, für solchen dem Gesetze nach die Hauptfrage, und also die nun an ihn gebrachte Frage entschieden hätte.

Allein solches ist meistens nicht möglich; der Richter, an den also die Sache verwiesen würde, wäre im Fall, ohne einen eigentlichen Prozeß, vor ihm verhandelt, doch ein Urtheil zu geben, das gegen seine Competenz ist. L. R. S. 5 deutet auf dies hin.

So lange auch der Staat nur wegen der Gesetzgebung überhaupt bei jener Zulassung der Zuständigkeit des Richters über alle Nebenfragen mitzuurtheilen betheiligt ist, wird schwerlich ein Competenzconflict erhoben werden.

Zweckmäßig wäre in jedem Fall, wenn eine Einrichtung bestünde, um im Interesse der Gesetzgebung unrichtige Grundsätze, von den Gerichten aufgestellt, aufgehoben zu erklären, was überhaupt die Absicht aller Competenzconflicte ist. In Frankreich hatte früher das ministère public bei dem Cassationshof das Recht, jedes ergangene Urtheil dans l'interêt de la loi kassirt zu verlangen; hiedurch kann die Wahrheit der bedeutenden Rechtssätze erhalten werden.

So wie aber durch die materielle Connexität der Staat oder eine Staatsbehörde mittelbar oder unmittelbar betheiligt ist, Kläger, Beklagter ist, oder in eigener Person Interesse im strittigen Falle hat, so wird ein Competenzconflict sich erheben. Jede Staatsbehörde besteht nur vermittelst der ihr übertragenen Amtsbefugniß, denn ohne solche ist eine Behörde gar nicht zu denken. Jeder Streit daher reducirt sich auf die Frage, welche Befugniß oder welche Rechte hat die Behörde.

Jede Constituirung einer Staatsbehörde geschieht öffentlich; ihre Amtsgewalt wird verkündet; dadurch wird ihre Zuständigkeit nach allen Seiten bestimmt.

Wenn nun streitig ist zwischen den Parteien, welche Privaten oder auch Staatsbehörden unter sich seyn können, welcher Begriff von Amtsbefugniß einer Behörde zusteht, so ist wohl kein anderes Mittel möglich, als die Frage vorerst zu entscheiden, in welchen Gesetzestheil die Frage gehört, von welcher es sich handelt. Wenn solche Frage unbestreitbar in ein gewisses Gesetzbuch gehört, für welches ferner eine gewisse Behörde als richterliche Gewalt bestellt ist, so ist diese letzte Behörde auch zuständig, die Vorfrage zu entscheiden, ob und welche Amtsbefugniß einer gewissen Behörde zusteht.

Dieses auf unsere wenigen Gesetze hierüber in Beziehung auf das Privatrecht angewandt, ergiebt sich Folgendes:

§. 14 der Verfassung und §. 4 der Pr. Ord. sagen, der großherzogl. Fiscus nimmt in allen aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringenden Streitigkeiten Recht vor den Landesgerichten. Was wird nun im Privatrecht abgehandelt? Entstehung der Personen, Familien, Ehe, Vaterschaft,

Digitized by Google

Vormundschaft, Abwesenden 1. B. Von den Sachen, Eigenthum, Genuß 2. B. Von den verschiedenen Arten, Eigenthum zu erwerben 3. B. Es sind noch andere Theile im Landrecht, welche, streng genommen, in andere Gesetztheile gehörten, aber dessen ungeachtet steht fest, daß die Rechte der Personen, des Eigenthums und des Erwerbes von diesem die Hauptbestandtheile der Privatrechte, oder der Rechte der Menschen, nicht der Staatsbürger, nicht der Bürger im engeren Sinne, darin abgehandelt sind.

§. 14 und 4 oben genannt sagen, daß jeder Eigenthumserwerb, jede Art, solches zu erwerben (Buch 3 so überschrieben) vor die richterliche Gewalt gehöret, welche für das Land- oder Privatrecht die drei bestellten Instanzen sind.

Der Fiscus ist die Staatsgewalt, der Staat im Allgemeinen. So wie nun der Staat behauptet, Eigenthum erworben zu haben durch eine im Privatrecht abgehandelte Art, so muß er die hierüber streitigen Fragen vor die Landesgerichte bringen, und umgekehrt, wenn eine Person behauptet, sie habe von dem Staate Eigenthum erworben.

Die Vorfrage nun ist immer dieselbe, ob die einzelne Staatsbehörde Kläger oder Beklagte, Intervenient, Litisdenunciat u. s. w. innerhalb oder außerhalb ihrer Amtsbefugniß gehandelt hat. Die Entscheidung hierüber kann allein dem Gerichte zustehen, so lange nicht spezielle besondere Gesetze bestehen, welche festsetzen, daß die Frage über die Beobachtung oder Ueberschreitung der Amtsgewalt, von der es sich in dem Prozesse handelt, einer anderen richterlichen Behörde zur Entscheidung vorzulegen sei.

Es sind nun folgende Fälle möglich:

1) Entweder das Gericht für die drei Instanzen erkennt über jene Frage, oder es ist

2) ein anderes Gericht bestellt, welches alsdann diese Vorfrage entscheidet.

Der dritte Fall ist unzuläßig, welcher darin besteht, daß die Behörde selbst durch ihre vorgesetzte Behörde entscheidet, ob die Behörde innerhalb oder außerhalb ihrer Befugniß gehandelt hat. Der Vollziehende wäre alsdann Partei und Richter zu gleicher Zeit.

Wir haben nun in unseren Gesetzen kein spezielles Gericht, welches jede Competenz oder Amtsbefugniß einer Behörde in einem strittigen Falle entscheidet. In Frankreich besteht im Staatsrath eine solche spezielle richterliche Gewalt. So wie der Fiscus oder eine Staatsbehörde belangt wird, und als Beklagter vor Gericht geladen werden soll, so können die Gerichte nur Ladung erkennen, wenn der Staatsrath vorher die Zuläßigkeit der Klage erkannt hat. Solche Behörde erkennt alsdann direct oder indirect, ob der Staat als moralische Person, oder die Amtsperson als einzelnes Individuum, mit Ueberschreitung ihrer Amtsbefugniß, gehandelt hat.

Die unbedingte Zuständigkeit der Gerichte, über jede Amtsbefugniß zu urtheilen, ist allerdings gefährlich, und der Gesetzgeber mußte Vorkehr deswegen anordnen; aber eben so nothwendig ist auch von der anderen Seite, jede Entscheidung über die Amtsgewalt nicht unbedingt der richterlichen Gewalt zu entziehen, oder doch wenigstens eine Stelle etwa zu constituiren, welche über solche Vorfragen entscheidet, ohne daß diese Behörde zu gleicher Zeit vollziehend und richterlich ist.

Der natürliche Grundsatz bei jeder Frage der Amtsbefugniß ist, daß der Staat nur für seine Behörden verbindlich wird, wenn solche das ihr Aufgegebene gethan; was die Behörden thun außerhalb ihrer Befugniß, kann den Staat nicht verbindlich machen, vielleicht die Person, welche die Behörde ist. Die Begränzung der Amtsbefugniß, den Kreis der Rechte und Pflichten der Behörden aber richterlich in einem streitigen Falle zu entscheiden, kann weder der gesetzgebenden Gewalt, noch der vollziehenden zustehen.

Die Vorfrage, welches ist der Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten einer Behörde? ist für das Privatrecht, z. B. für Contracte einzugehen, etwa dieselbe, als wenn Einer mit einem Minderjährigen, mit einem Ausländer, mit einem Gesellschafter, Verträge abschließt. Solche werden alle auf die Gefahr der Cognition hin des einen Contrahenten abgeschlossen; Jeder soll sich erkundigen, überlegen, ob er mit dieser Person ein Rechtsgeschäft abreden will. Hat er mit guter oder irriger Cognition der betreffenden Rechtsverhältnisse sich in ein Rechtsgeschäft des Privatrechtes eingelassen, so hat er auch ein Recht erworben, alle diese materiell connexen Fragen von der richterlichen Gewalt, für das Privatrecht angeordnet, allein entschieden zu sehen.

Andere Fragen sind, ob jedesmal in den verschiedenen großen Gesetzestheilen die gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalten getrennt sind, ferner ob jedesmal die Befugnisse jeder Staatsbehörde gehörig angegeben sind. Es sind Fälle denkbar, in welchen eine und dieselbe Behörde alle drei Gewalten, oder wenigstens zwei, in sich vereinigt, z. B. wenn die Kammern nach einer Verfassung, zugleich als Gerichtshof, Verbrechen aburtheilen, oder den Ersatz von zu viel Ausgegebenem gegen eine Person von einer Staatsbehörde aussprechen.

Die jedesmalige Trennung von den drei Gewalten für jeden Gesetzestheil würde eine zu große Anzahl von Staatsbehörden schaffen. Allein desto nothwendiger wäre alsdann eine Constituirung einer Behörde, welche die Competenzconflicte entscheidet, als die hierzu bestellte richterliche Behörde.

Fr. Sander, Advocat.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 2. | Karlsruhe den 14. Januar 1837.

I.

Ueber die Stellung des Staatsanwalts im jetzt geltenden Strafverfahren.

Zur Berichtigung der unter dieser Aufschrift in Nr. 30, II. der Annalen von 1836 über den Wirkungskreis des Staatsanwalts geäußerten Ansichten ist zu bemerken:

Ad I. Der Staatsanwalt verfolgt im Wege des Anklageprozesses

1) Preßvergehen und Preßverbrechen nach den Bestimmungen der §§. 17, 35, 36, 40, 43, 44, 49—51, 57, 60, 64, 69, 77, 83 und 86 des Preßgesetzes vom 28. Dezember 1831 und der §§. 18—20 der Vollzugsverordnung vom 13. Februar 1832, Rggsbl. Nr. 9;

2) Umgehungen der Druckerlaubniß bei Schriften, die in der Form täglicher Blätter oder heftweise erscheinen, desgleichen bei solchen, die nicht über 20 Bogen im Druck stark sind, nach Vorschrift der §§. 1—3 des Gesetzes, dann der §§. 5 und 6 der Vollzugsverordnung vom 28. Juli 1832, Rggsbl. Nr. 42;

3) Ehrenkränkungen und Verläumdungen nach Maßgabe der §§. 5, 12 und 15 des hierüber bestehenden Gesetzes vom 28. Dezember 1832, dann des §. 1 der Instructivverordnung vom 17. Februar 1832, Rggsbl. Nr. 10, und der §§. 1—3 der späteren Instructivverordnung vom 10. Juli 1832, Rggsbl. Nr. 39.

Der Staatsanwalt recurrirt gegen hofgerichtliche Erkenntnisse

4) in gerichtlichen Strafsachen, nach Anleitung der §§. 6 und 8 des provisorischen Gesetzes vom 18. Febeuar 1836, Rggsbl. Nr. 10 und der §§. 4 und 7 der desfallsigen Instructivverordnung vom 29. Juli 1836, Rggsbl. Nr. 41;

5) in Steuersachen nach Vorschrift der §§. 38 und 42 der Vollzugsverordnung vom 14. Mai 1836, Rggsbl. Nr. 30.

Außerdem ist der Staatsanwalt nach den vorliegenden Instructionen ausschließender Respicient

6) für alles, was die Aufsicht des Hofgerichts übee die Strafgerechtigkeitspflege betrifft; dahin gehören namentlich

a) die amtlichen Voranzeigen, so wie die Untersuchungen in den durch die Verordnungen vom 25. Mai 1808 (Rggsbl. Nr. 17) und vom 27. Dezember 1817 (Rggsbl. von 1818, Nr. 1) bestimmten Fällen, wo es sich um Mordbrand, Todtschlag, Straßenraub oder gewaltsamen Diebstahl von besonderer Bedeutung handelt;

b) die amtlichen Criminaltabellen, welche quartaliter an das Hofgericht eingesendet werden müssen;

c) die Vollziehung der hofgerichtlichen und oberhofgerichtlichen Strafurtheile.

Der ausschließende Geschäftskreis des Staatsanwalts umfaßt ferner

7) diejenigen Strafsachen, welche nach der Meinung des Untersuchungsrichters zur Zeit auf sich beruhen müssen, weil der Thäter nicht ermittelt werden konnte;

8) die in Strafsachen einkommenden Requisitionen, namentlich diejenigen auswärtiger Gerichte, oder der bei solchen functionirenden Staatsanwälte;

9) die Mittheilung der vom Ge. Oberhofgerichte in der Recursinstanz gefällten Erkenntnisse an diejenigen Verwaltungsbehörden, welche die Untersuchungen veranlaßt haben, der Recurs mag von ihnen oder von den Verurtheilten ergriffen gewesen seyn; endlich

10) die jeweilige Visitation der am Sitze des Hofgerichts befindlichen höheren Strafanstalt, um sich zu überzeugen, daß die bestehenden Vorschriften, in Bezug auf die Vollstreckung der erkannten Zuchthausstrafen, gehörig beobachtet werden.

Hiernach läßt sich um so weniger behaupten, daß die Staatsanwaltschaft ein blos auf das Recurriren beschränktes Nebengeschäft sei, als die Staatsanwälte angewiesen sind, sich zunächst ihren eigenthümlichen Functionen zu widmen.

Auch hat der Staatsanwalt in den hofgerichtlichen Sitzungen, worin Strafsachen zur Aburtheilung kommen, keineswegs eine blos stumme Rolle zu spielen, da ihm nirgends

Digitized by Google

unterſagt iſt, nach Anhörung des Vortrags und Inſtructivvotums auch eine der Würdigung des Gerichtshofes anheim zu ſtellende Meinung zu äußern, falls das Intereſſe der Gerechtigkeit für oder gegen den Angeſchuldigten ihn hierzu beſtimmt. Dies kann ſehr wohl geſchehen, ohne daß dadurch eine Discuſſion zwiſchen ihm und dem Collegium herbeigeführt, oder der unabhängigen Anſicht der Gerichtsmitglieder vorgegriffen wird. Die Discretion ſetzt von ſelbſt die Schranken, welche hierbei einzuhalten ſind.

Die Präſidenten der Gerichtshöfe werden daher von den durch den, Eingangs erwähnten, Aufſatz zu ihrer Diſpoſition geſtellten Mitteln gegen die Staatsanwälte eben ſo wenig Gebrauch machen, als ſie mit den Hofgerichtsſecretären, deren Dienſtverhältniß ein ganz anderes iſt, in gleiche Kategorie ſtellen.

Sollten ſich indeſſen zwiſchen dem Gerichtshofe und der Staatsbehörde wirklich Conflicte ergeben, ſo würde hierüber das Gr. Juſtizminiſterium, welchem beide Stellen untergeordnet ſind, zu entſcheiden haben.

Betrachtet man hiernächſt

ad II. die Staatsanwaltſchaft von dem Standpunkte der Geſetzgebung, ſo iſt ſie

1) gewiß kein offenbar unnöthiges Mittel. Die in dem allegirten Artikel gemachten Vorſchläge beweiſen dies am beſten. Wollte man nämlich geſchehen laſſen, daß ein jeder Hofgerichtsrath, oder doch wenigſtens die Minorität des Collegiums, gegen die Entſcheidungen der Majorität recurrire, und alſo für oder gegen den Angeſchuldigten gewiſſermaßen Partei nehme, ſo müßte nothwendig eine babyloniſche Verwirrung, ein bellum omnium contra omnes entſtehen, wobei die collegialiſche Verfaſſung unſerer Obergerichte nicht ohne breche davon kommen würde. Wäre der Geſetzgeber nicht beſſer berathen geweſen, ſo hätte er es ſicher beim Alten gelaſſen, um nicht eine Unordnung einzuführen, welche in der That beiſpiellos genannt werden müßte.

Eben ſo unpaſſend iſt der Vorſchlag, den Staatsanwalt von den hofgerichtlichen Sitzungen auszuſchließen und ihm jedesmal erſt nach gefälltem Urtheile die Acten zuzuſtellen ꝛc., weil dadurch dem ohnehin ſchleppenden Gange des Prozeſſes, welcher in der Brochüre über die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens, S. 18—20, 71 und 72, ſo wahr geſchildert iſt, noch ein weiterer Verſchleif beigeſellt, dem Staatsanwalt aber unmöglich gemacht würde, die in ſeinem Reſpiciate ſich ergebenden Anträge zu ſtellen und nach Anhörung der Vorträge, Discuſſionen und Abſtimmungen gegen das gefällte Urtheil entweder ſogleich den Recurs anzumelden, oder darauf zu verzichten, um ſeinerſeits den Strafvollzug nicht aufzuhalten. Der Staatsanwalt kann auch, wenn er im erſten Augenblicke wegen Ergreifung des Recurſes zweifelhaft iſt, vorläufig nur die Zuſtellung der Acten begehren und ſelbſt den wirklich angemeldeten Recurs jederzeit wieder zurücknehmen, in keinem Falle iſt er an eine etwa vorgefaßte Meinung gebunden.

2) Mit der vermeintlichen Gefahr, welche aus der Anweſenheit des Staatsanwalts in den hofgerichtlichen Sitzungen für die Angeſchuldigten hervorgehen ſoll, hat es auch keine Noth. Es verſteht ſich, daß der Staatsanwalt, behufs der Urtheilsfällung, weder referiren, noch an der Berathung und Abſtimmung Theil nehmen kann. Eben weil er nicht zum Anklagen da iſt, tritt er auch nicht als Ankläger auf. Indeſſen unterliegt es keinem Zweifel, daß er befugt iſt, im Intereſſe der Gerechtigkeit ſogar für den Angeſchuldigten zu recurriren. Wie mag man ſich nun herausnehmen, auf Klatſchereien hin, den Wächtern des Geſetzes, die, gleich anderen Beamten, für ihre Geſchäftsführung der vorgeſetzten Aufſichtsbehörde verantwortlich ſind, einen beſondern Hang zu Anmaßungen und Uebergriffen zu imputiren und die Richter, den Staatsanwälten gegenüber, als dienſtfertige Jaherren hinzuſtellen, die ihres hohen Berufes nicht eingedenk wären!

Wer jemals einer hofgerichtlichen Sitzung, in welcher Strafſachen abgeurtheilt werden, beigewohnt hat, wird nicht begreifen, wie man ſich einbilden kann, daß der Staatsanwalt, nach Vorleſung der Vertheidigungsſchrift, in der Sache ſelbſt Anträge ſtellt, und daß ſomit die Anklage auf die Vertheidigung folgt.

3) Die Verordnung vom 18. Februar 1836 iſt, wie aus ihrem Eingang zu erſehen, nur ein Proviſorium, nur der Uebergang zu einem beſſern, den Anforderungen der Zeit mehr entſprechenden, Strafverfahren. Daß ſich der Geſetzgeber damit nicht begnügen wolle, beweiſen die Entwürfe eines neuen Strafprozeſſes und Strafgeſetzbuches. Dieſem Zweige der Legislation ſteht eine totale Umgeſtaltung bevor. Daß aber eine ſo wichtige Reform, wie Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration, und Einführung neuer Strafgeſetzbücher viel zu tief in den Staatsorganismus eingreift, als daß ſie gleichſam improviſirt werden könnte, ſieht wohl Jedermann ein.

Die Vorſchläge, welche am Schluſſe des Aufſatzes zu einem zweiten Proviſorium gemacht werden, dürften daher um ſo weniger Anklang finden, als ſie dem Vorwurfe einer halben Maßregel unmöglich entgehen könnten.

Wie ſollte auch der fürs Oberhofgericht ernannte Staatsanwalt (Rggsbl. von 1832, S. 140, und von 1835, S. 503) beim ſchriftlichen Verfahren den Sitzungen dieſes Gerichtshofes, in welchem nur über die von der Staatsbehörde

Digitized by Google

selbst, oder von den Verurtheilten, ergriffenen Recurse entschieden wird, anwohnen können, da er schon den geheimen Berathungen des Hofgerichts nicht beisitzt, worin Preßvergehen oder Preßverbrechen, oder die nicht duech die Presse verübten Ehrenkränkungen und Verläumdungen, wegen welcher von ihm Anklage erhoben ward, zur Entscheidung kommen!

Uebrigens ist es keine Halbheit, sondern eine vollkommene Begünstigung, daß der Staatsanwalt übee den Recurs der Angeschuldigten nicht gehört wied, während den letzteren auf den Recues der Staatsbehörde, zur Abwendung eines nachtheiligeren Erkenntnisses, weitere Vertheidigung gestattet werden muß."

Dieser Geist der Humanität, welcher aus dem provisorischen Gesetze überall hervorleuchtet, verdient besser gewüedigt und aneekannt zu weeden.

Bayer.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Kann die Einrede der Vorausklage in zweiter Instanz nachgeschoben oder verbessert werden?

Heerd gegen Hoemuth und Consorten.

Rentmeister B. schuldete der Gemeinde Rh. einen Rezeß von 1677 fl. 7 kr. und lieh, um einen Theil dieses Rezesses zu decken, am 13. Dezember 1832 von St. Heerd die Summe von 800 fl. gegen Zinsen zu 5 Prozent. Für dieses Darleihen verbürgten sich W. Hormuth, Franz Steph. Br., Jak. E. und Mich. H.

Im Jahee 1834 klagte nun die Gemeinde Rh. gegen Rentmeister B. auf Zahlung und betrieb das gerichtliche Verfahren bis zur Liegenschaftsversteigeeung.

Gleich daeauf klagte auch Heerd gegen Rentmeister B. auf Rückzahlung seines Darleihens mit Zinsen. Bei der Vollstreckung berichtete abee der Büegeemeistee und ein Mitglied des Gemeinderaths, daß die Faheniße für die Forderung der Gemeinde verhaftet und außerdem zue Befriedigung des betreibenden Gläubigers unzureicheud seien.

Im Jahre 1835 klagte nun Heerd gegen die Bürgen seines Schuldners und veelangte Zahlung seines Daeleihens mit Zinsen vom 13. Dezember 1832, nach Abzug von 84 fl., welche vom Hauptschuldner auf die Zinsen bezahlt woeden waren. Die Beklagten gestanden die Forderung zwar zu, wendeten abee ein, daß der Hauptschuldner B. noch Faheniße und Liegenschaften besitze, aus deren Erlös füe den Kläger immer noch etwas übrig bleibe, auch wenn die Gemeinde ihe Voezugsrecht auf Faheniße und Liegenschaften geltend mache.

Das Amt Ph. erkannte hierauf zu Recht:

„Daß die Beklagten schuldig und verbunden seien, dem Kläger die Büegschaftsschuld ad 800 fl. mit Zinsen vom 13. Dezembee 1832, vorbehaltlich des Abzugs der inzwischen vom Hauptschuldner an Zinsen oder Kapital urkundlich geleisteten Abschlagszahlung ..... zu entrichten ....."

Dagegen ergeiffen die Beklagten das Rechtsmittel der Appellation, legten eine Erkläeung des Gemeinderaths von Rh. vor, daß die Gemeinde mit einem besondern Pfandrechte auf ein Haus des Rentmeisters B. sich begnüge und auf ihr allgemeines Pfandrecht verzichte, sodann einen Auszug aus dem Geundbuche, wornach Rentmeister B. noch andere Liegenschaften, im Weethe von 809 fl., besitze; endlich erboten sie sich zu einem Kostenvorschusse.

Daß Hofgericht eeließ jedoch unterm 31. August d. J. ein bestätigendes Erkenntniß, gestützt auf nachstehende

Entscheidungsgeünde:

In Erwägung, daß die Richtigkeit der eingeklagten Forderung ad 800 fl. nebst Zinsen, nach Abzug der bereits bezahlten 84 fl., von den Beklagten zugestanden wurde;

In Eewägung, daß die Einrede der Vorausklage von dem Unterrichtee nicht beeücksichtigt weeden kounte, weil die Beklagten den Vorschriften des Landrechtssatzes 2023 kein Genüge geleistet haben, indem sie dem Kläger weder Güter des Hauptschuldners zue Tilgung der Schuld anzeigten, noch sich zum Kostenvoeschusse erboten;

In Erwägung, daß zwar diesem Mangel in dieser Instanz duech Voelage eines Verzeichnisses unverpfändetee Liegenschaften des Hauptschuldners, fernee durch Erklärung des Gemeindeeaths, daß ee auf diese Güter zur Befriedigung dee Forderung der Gemeinde ad 1677 fl. verzichte, endlich durch das Eebieten zum Kostenvorschusse abgeholfen werden will;

In Erwägung jedoch,

1) daß die Einrede der Vorausklage sogleich in dem ersten, gegen die Büegen angestellten, Rechtsverfahren unter dee im Landrechtssatze 2023 gesetzten Bedingungen voegeschützt werden muß, Landrechtssatz 2022, und daher, wenn diese Voeschriften nicht beobachtet wurden, als gar nicht vorgetragen anzusehen ist, weil ja der Richter in diesem Falle keine Rücksicht auf sie nehmen darf;

2) daß diese Einreede keine peozeßhindernde, sondern eine eein verzögerliche ist, welche lediglich die Verfolgung des Rechts selbst hinausschiebt, sohin in der Appellationsinstanz nach §. 1221, Abs. 1 der Prozeßordnung nicht mehr vorgeteagen werden daef;

3) daß die Beklagten, wenn auch die Unzuläßigkeit jener Einrede im zweiten Rechtszuge bezweifelt werden könnte, die Bedingung des Landrechtssatzes 2023, Abs. 2, nach wel-

Digitized by Google

cher keine streitige Güter des Hauptschuldners zur Vorausklage bezeichnet werden dürfen, nicht erfüllt haben, weil

a) der Gemeinde Rh. wegen der Rezeßschuldigkeit des Hauptschuldners nach Landrechtssatz 2121, Abs. 3 und nach dem eigenen Zugeständnisse der Beklagten ein gesetzliches Pfandrecht auf die bezeichneten Güter zusteht, diese Güter also als streitige zu betrachten sind, indem der Kläger, wenn er solche gegen den Hauptschuldner als Executionsobject verfolgen wollte, Einspruche von Seiten der Gemeinde zu befürchten hätte, weil ferner

b) die unbefugter Weise abgegebene Erklärung des Gemeinderaths zu Rh. d. d. 25. September 1835, daß die Gemeinde auf die fraglichen Güter verzichte, keine rechtliche Wirkung hervorbringen kann, indem bei jedem Gegenstande, welcher ein dingliches Recht an Liegenschaften betrifft, die Zustimmung der Gemeinde erfordert wird (Gemeindeordnung §§. 122, 125).

In Erwägung, daß nach allem diesem die Beklagten durch das unterrichterliche Erkenntniß, welches sie zur Zahlung verurtheilt, nicht beschwert erscheinen, nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung wegen der Kosten.

Aus diesen Gründen ꝛc. Mayer.

III.

Ehescheidung wegen Ehebruchs der Frau, insbesondere die Anwendung des L. R. S. 235 betreffend.

In einem Falle, in welchem ein Mann wegen eines von seiner Frau begangenen Ehebruchs die Scheidung nachgesucht hatte, wurde die Ansicht vertheidigt:

„Daß hier, nach Maßgabe des L. R. S. 235 die Klage so lange auf sich beruhen müsse, bis der Ehebruch im Wege des Strafprozesses untersucht und über den Strafpunkt erkannt seyn würde."

Gegen diese Ansicht dürfte indessen Folgendes sprechen. Aus dem Eingange des gedachten Landrechtsatzes:

„Veranlassen einige von den klagenden Ehegatten angeführte Thatsachen ein Untersuchungsverfahren *) der Staatsbeamten ꝛc."

noch mehr aber aus dem deutlicher abgefaßten Texte des Art. 235 des Code civil, besagend:

Si quelques-uns des faits allegués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public &c.

ergiebt sich, daß die in dieser Gesetzesstelle erwähnten Thatsachen, deren vorherige Untersuchung den Gang des Ehescheidungsprozesses einstweilen sistiren soll, von der Art seyn müssen, daß sie irgend eine, im öffentlichen Interesse, also von Amts wegen zu verfolgende Gesetzesübertretung durch den Ehescheidungsbeklagten darstellen. Dahin würde gehören, z. B. wenn der Richter aus der, auf Lebensgefährlichkeit gestützten, Klage ersähe, daß es sich um einen attentirten Gattenmord handelt, oder wenn aus der wegen Ehebruchs erhobenen Scheidungsklage hervorginge, daß der Ehebruch mit einer Person vollzogen worden seyn soll, welche in einem solchen Familienbande mit dem angeblich ehebrecherischen Gatten sich befände, daß dieser durch den Ehebruch auch einer Blutschande sich schuldig gemacht haben müßte, und dergleichen. —

Der nicht qualificirte Ehebruch (und ein solcher lag bei oben erwähntem Scheidungsprozesse vor) dagegen darf nach §. 59 der Erläuterungen zum Strafedict niemals von Amts wegen untersucht werden, auf ihn hätte also L. R. S. 235 schon um deswillen keine Beziehung. Die Bestimmung dieses Satzes: „daß die Klage bis zu Erledigung des Strafpunkts auf sich beruhen solle" ließe sich bei dem Ehebruche der Frau auch um so weniger in Anwendung bringen, als a) die Verordnung vom 23. November 1811, Rggsbl. Nr. XXXIII. und der schon allegirte §. 59 der Erläuterungen zum Strafedicte ausdrücklich festsetzen, daß die Bestrafung des Ehebruchs gar nicht vor dem Erkenntnisse über die Scheidung ausgesprochen werden darf, der Strafpunkt somit vor der Beendigung des Scheidungsprozesses gar nicht erledigt seyn kann; und b) der Staat auch überdies in einem solchen Falle nicht noch — neben der, im Civilgesetzbuche unter dem Titel „von den Wirkungen der Ehescheidung" (im Satz 298) als eine Art von Genugthuung für den unschuldigen Ehetheil *) und als (eine Art civilrechtlicher) Folge des Bruchs des ehelichen Vertrags verordneten dreimonatlichen bis zweijährigen Einsperrung der Ehebrecherin, — wegen Uebertretung der Strafgesetze und der, durch den Bruch der ehelichen Treue eingetretenen Störung der polizeilichen Ordnung, die besondere, im Strafgesetzbuche § 61 angedrohte, Strafe erkannt wissen will. Kirn.

*) Wohin natürlich das Verfahren nicht zu zählen ist, welches eintreten muß, um die vom Scheidungskläger producirten Beweise seiner Klage zu erheben, wofür in den nachfolgenden Landrechtssätzen Vorschriften gegeben sind.

*) Gleich den, in den Sätzen 299, 299 a, 300 des nämlichen Titels dem Schuldigen angedrohten weiteren Nachtheilen.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 3. | Karlsruhe den 21. Januar 1837.

I.

Ueber Versäumnisse und über Wiederherstellungen nach der Prozeßordnung.

I. Zum §. 653 der Prozeßordnung.

Ist es ein Versäumniß im Sinne des 30. Titels, wenn eine wichtige Prozeßhandlung, auf deren Unterlassung ein Versäumungserkenntniß folgen könnte, von einer Partei auf eine solche Weise unterlassen wird, daß der Ungehorsam oder die grobe Nachläßigkeit des Unterlassenden zu den Acten constatirt ist?

Zur Erläuterung der Frage folgende Fälle:

Der Beklagte hat in einer schriftlichen Eingabe — ohne jedoch prozeßhindernde oder dilat. Einreden vorzubringen — blos angezeigt, daß er auf die Klage keine Antwort gebe; oder er hat in der Tagfahrt, ohne weitere Gründe anzugeben, die Antwort verweigert, oder in der Tagfahrt einer richterlichen Auflage sich nicht gefügt, z. B. eine fehlerhafte Einlassung, Einrede nicht verbessert.

Wenn man das Wort Versäumniß nach dem Sprachgebrauch nimmt, und darunter den durch den Ablauf einer gewissen Zeit im Prozesse eingetretenen Ausschluß einer Partei mit einer unterlassenen Handlung — oder, wenn man den Begriff auf die Handlung bezieht, das Unterlassen einer Handlung im Prozesse in derjenigen Frist, in welcher sie allein vorgenommen werden konnte, versteht — so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß obige Frage bejaht werden müsse.

Obgleich nun in der Prozeßordnung keine hiervon abweichende Legaldefinition gegeben ist, so muß die Frage dennoch verneint werden.

Weil das Wort in juristischem Sprachgebrauch vor der Einführung der Prozeßordnung schon einen bestimmten, von dem obigen natürlich abweichenden, technischen Begriff darstellte, dieser technische Begriff aber nach dem, was von der Prozeßordnung galt, wie jeder historische Begriff, seine Bestimmung aus dem früher gültigen gemeinen Recht erhält, in diesem aber derartige Fälle nicht Versäumniß (contumacia *praesumta*), sondern Ungehorsam genannt werden, so muß der natürliche Begriff durch Aufnahme des weiteren Merkmals, „daß es nicht gewiß seyn dürfe, daß die Unterlassung auf einem klaren Ungehorsam oder Nachläßigkeit beruhe," beschränkt werden.

Diese Ansicht wird auch durch die Erwägung befestigt, daß die Annahme des weiteren Begriffs, wegen der Bestimmungen des §. 658, 670 und 671, eine zu große Nachgiebigkeit von Seite des Gesetzes enthalten würde, und durch die Vergleichung des §. 669, Nr. 1.

Das auf die obigen Fälle der Unterlassung ergehende Erkenntniß ist also kein Versäumungserkenntniß *).

---

*) Wenn im gemeinen Rechte die meisten Rechtslehrer zwischen der contumacia vera und der contumacia praesumta unterschieden, so war doch die Unterscheidung der Ausdrücke von Versäumniß und Ungehorsam, um durch diesen die cont. vera, durch jenen aber die cont. praes. zu bezeichnen, keineswegs so allgemein, daß man diese Worte geradezu als die technischen Bezeichnungen dieser Begriffe annehmen könnte.

Wäre dies aber auch der Fall, so möchte es denn doch immerhin als eine reine Willkühr anzusehen seyn, wenn man jenen Unterschied auch in die neue Prozeßordnung, die davon mit keiner Silbe erwähnt und ein ganz neues Contumacialsystem aufstellt, hineinlegen und darnach die Bestimmungen der Prozeßordnung über Versäumnisse für diejenigen Fälle, da eine Partei die ihr obliegende Prozeßhandlung ausdrücklich verweigert, nicht in Anwendung bringen wollte.

Die Voraussetzung, unter welcher der §. 1110 der P. O. (ähnlich dem §. 367) die Erlassung eines Versäumungserkenntnisses androht, wenn nämlich

„der Beklagte sich innerhalb der angeordneten Frist auf die Klage nicht vernehmen läßt,"

ist ja doch wohl auch alsdann vorhanden, wenn er nebst dem, daß er die Frist zur Vernehmlassung verstreichen läßt, noch ausdrücklich erklärt, daß er keine Vernehmlassung abgebe, denn auch in diesem Falle „läßt er sich ja in der That nicht vernehmen," daher muß nach §. 1110 ein Versäumungserkenntniß gegen ihn erfolgen.

Auch im §. 342, wo von Ausübung des richterlichen Fragerechts die Rede ist, sind eine „säumige" und eine „die Antwort verweigernde" Partei sich gleichgestellt, und es ist der Partei, welche

Digitized by Google

II. Zum §. 654 und 655.

Wenn schon der 30. Titel nur von solchen Versäumnissen, auf welche ein wahres Versäumungserkenntniß ergeht, zu verstehen ist, so gelten diese §§. 654 und 655 doch ganz allgemein, weil sie nur eine Anwendung der im §. 5 allgemein anerkannten Verhandlungsmaxime sind. Hat also der Richter dem Beklagten, der nebst anderen wohlgeordneten Einreden eine dunkle vortrug, deren Verbesserung auferlegt, der Beklagte aber die ihm hierzu bewilligte Frist nicht eingehalten, so wird er doch nicht ex off. präcludirt und ad repl. decretirt, sondern der Antrag des Klägers ist auch hier abzuwarten.

Man könnte nun glauben (vgl. Annalen I. p. 285, Nr. 1), daß das Gesetz in dem Worte „Anrufen" des §. 655, die Controverse, die bekanntlich in der Praxis nach gemeinem Recht darüber bestand, ob die bloße accusatio oder erst der richterliche Ausspruch präcludire, für diese Fälle *) habe entscheiden wollen, wodurch denn auch die Harmonie mit dem §. 1153, der ausgemacht andere Fälle im Auge hat, hergestellt wäre. Da aber schon nach dem ursprünglichen Entwurf ein solcher Unterschied gar nicht constituirt werden sollte (cf. §. 670 und 671 des Entwurfs), und noch weniger später bei der Correctur dieser §§. 670 und 671 an einen solchen Unterschied zwischen Versäumniß und Versäumniß gedacht wurde, so muß man das Wort „Anrufen" nach der Note in dem I. Jahrgange der Annalen p. 391 für einen Redactionsfehler erklären.

Daß übrigens der Contumacialantrag, wie jedes andere Prozeß- oder Sachgesuch, begründet seyn müsse, daß also eine Präclusion nicht verlangt werden könne, wo kein Versäumniß vorliegt, versteht sich von selbst. Vgl. die Redact. Note in Ann. III. p. 74.

III. Zum §. 658.

Wenn die Zustellung an die Partei und ihren Anwalt zu verschiedener Zeit geschah, so läuft beiden Theilen die Frist der Wiederherstellung von dem Tage an, da die letzte von beiden Statt hatte, denn der Anwalt hat seine eigene und die seines Prinzipalen, weil er der Anwalt des Principalen ist, und umgekehrt.

Die Bitte um Restitution braucht nicht wörtlich erhoben zu werden, wenn sie nur factisch gestellt ist; kommt daher der präcludirte Vortrag auch ohne diese Förmlichkeit ein, so ist die Restitution zu ertheilen *).

IV. Zum §. 659 und 660.

Obgleich der Richter nach §. 275 die Nothfristen in keinem Falle verlängern kann, und die Frist des §. 658 ohne Zweifel eine Nothfrist ist, so kann er doch zur Vervollständigung der versäumten Handlung, wenn diese nöthig ist, eine weitere Frist bewilligen; z. B. wenn der Anwalt des Beklagten seine Vollmacht binnen Kurzem nachzubringen verspricht und die präcludirte Einredeschrift einreicht, oder wenn der Beklagte, nachdem er präcludirt war, die Einredeschrift einreicht, aber eine dunkle Einrede vorbringt, die erst verbessert werden muß. — Es kommt hier Alles darauf an, ob die eingekommene Parteischrift die wesentlichen Erfordernisse der präcludirten hat, was nach L. R. S. 6 k. und der Prozeßordnung zu beurtheilen ist. Daß die Vollmacht bei dem ersten Auftreten nicht unumgänglich nöthig ist, folgt aus §. 133 der Prozeßordnung, und aus §. 364, daß Dunkelheit an sich eine Einrede nicht sofort verwerflich mache.

Wie ist aber die Prozedur, wenn die säumige Partei allein die versäumte Handlung gar nicht vernehmen kann, z. B. wenn der wegen Ausbleibens in der Eidestagfahrt präcludirte Schwurpflichtige restituirt seyn will?

---

nicht antwortet, das nämliche Präjudiz gesetzt, ob sie bei der zu Beantwortung der Frage angeordneten Tagfahrt nicht erscheine, oder ob sie, im Falle des Erscheinens, sich weigere, Antwort zu geben.

In den Fällen des ausdrücklichen Ungehorsams muß also eben so, wie in den Fällen des in der bloßen Nichteinhaltung der Termine liegenden stillschweigenden Ungehorsams, ein Versäumungserkenntniß erfolgen, bei welchem die §§. 653 u. ff. Anwendung finden. Hält man dies, in Bezug auf den §. 658, für zu mild, so mag man dem Gesetze über diese Milde einen Vorwurf machen, aber es geht nicht an, deshalb einen im Gesetz nicht begründeten Unterschied zu statuiren. Was übrigens die Vergleichung mit der Bestimmung des §. 669, Nr. 1 betrifft, so ist sie wohl nicht richtig, denn im Falle des §. 669, Nr. 1, wo erst nach angetretenem Beweise, „der als unzulässig oder als unerheblich nicht erhoben wurde," das Endurtheil erfolgte, ist ja keine Prozeßhandlung versäumt, und zwar weder blos factisch durch Nichteinhaltung des Termins, noch ausdrücklich durch eine bestimmte Weigerung. Die Prozeßhandlung (die Beweisantretung) ist hier eingekommen, sie ist aber ungenügend; es kann daher hierbei eben so wenig, als wenn z. B. die Einredeschrift eingekommen, Vieles darin aber nicht aufgenommen ist, von einem Versäumungserkenntnisse die Rede seyn, dagegen kommt der Partei, welcher bei solchen Vernachlässigungen die Wohlthat des §. 658 entgeht, nach §. 1221 das Recht zu, das Versäumte in der zweiten Instanz noch nachzuholen, was sonst nach §. 1221, Nr. 6, wenn ein Versäumungserkenntniß in der Mitte liegt, nicht mehr zulässig ist. D. R.

*) Für die Fälle, in welchen ein Versäumungserkenntniß ergeht, wäre eine solche Entscheidung nach §. 658 werthlos gewesen. K.

*) Dies möchte ich nicht behaupten. Auf die gebrauchten Worte kommt es zwar nicht an, wenn darin nur eine Bitte um Wiederherstellung liegt; der Parteivortrag in der Hauptsache kann aber für sich allein den Mangel eines ausdrücklichen Wiederherstellungsgesuches um so weniger ersetzen, als der §. 659 ja diesen Parteivortrag in der Hauptsache noch neben der Wiederherstellungsbitte fordert. D. R.

Digitized by Google

Diese Fälle sind im Gesetz nicht berücksichtigt; die Analogie fordert aber, daß das Anerbieten als Wahrung der Restitutionsfrist gelten, der Richter eine andere Tagfahrt anordnen, mit dem Ausspruche der Wiederherstellung aber bis zu der Eidesleistung, oder dem Erscheinen desselben in der hierzu bestimmten Tagfahrt, waeten müsse.

Auch in den obigen Fällen wird der Richtee die Restitution bis zum Nachbringen, resp. Verbessern, des noch Fehlenden oder Unvollständigen aufschieben müssen, argum. §. 664; denn auch hier ist die Ergänzung, resp. Verbesserung, ein Präjudicialpunkt für die Wiederherstellung.

V. Zum §. 661.

Die in diesem Paragraphen gegebene Restitution ist zugleich eine Restitution gegen den Ablauf der Nothfrist des §. 658, und der Restitution des §. 1204 und 1205 ganz gleich. Nur wegen Ehehaften hat sie Statt.

Obwohl diese Restitution nicht für alle Rechtsmittel bewilligt ist, so wird indessen wegen Gleichheit des Grundes die analoge Anwendung dieser Restitution auf andere Rechtsmittel keinem Bedenken unterliegen. Sie muß also auch im Falle des §. 1152 und 1153 und 155 Statt finden; hingegen nicht im Falle des §. 134, weil sie hiee durch den §. 155 ausdrücklich für unzulässig erklärt ist. Für das Rechtsmittel des §. 210 und 211 läuft keine Nothfrist, dagegen hat es auch keinen Suspensiveffect.

Die Frist des §. 961 ist nicht die Nothfrist eines Rechtsmittels gegen ein richterliches Erkenntniß, denn in der Executionsinstanz, als solcher, giebt der Richter keine Erkenntnisse, sondern bloße Weisungen auf einseitiges Ansuchen, und gegen diese kann direct nur das an keine Nothfristen gebundene Rechtsmittel der Beschwerdeführung geltend gemacht werden. Vgl. Redactionsnote in Ann. I. p. 216.

VI. Zum §. 670 und 671.

1) Ob ein Versäumungserkenntniß vorliege, wird gleichwohl nicht aus der Form wesentlich beurtheilt, obgleich sie, wenn sie vorhanden ist, immer den Ausschlag giebt. Es kommt nur darauf an, daß der Richter seinen Willen, ein Versäumungserkenntniß geben zu wollen, gehörig beurkundet und den Parteien eröffnet hat; ob nun dieser Wille in den Entscheidungsgründen, dem Urtheile selbst, oder z. B. in einer bloßen Bemerkung, zu den Acten constatirt ist, mag im Wesen gleich viel gelten *).

2) Wenn ein Versäumungserkenntniß von einem Collegialgerichte zu fällen ist, wäre die von dem Hofgerichte des Unterrheins in dem Falle, welcher in den Annalen, I. Jahrgang, p. 285 im Anfang, angeführt ist, uneichtig; die Sache muß vielmehe auf den Contumacialantrag vorerst nur, wie jede andere, auf die Stelle gebeacht und in öffentlicher Sitzung verhandelt werden, und erst dann ist sie durch ein Versäumungserkenntniß zu entscheiden. — Die bloße Präclusion kann als prozeßleitende Verfügung den Säumigen nicht rechtskräftig ausschließen, und die Nothfrist der Restitution, die ihm gesetzlich eest von der Zustellung des Urtheils läuft, dadurch nicht verkürzt werden. Cf. v. Weiler: Motive, p. 107. Ann. I. p. 391.

3) Der §. 671 verweist auf den §. 415; hier wird aber unter „Gegenbeweis“ nicht der eigentliche, sondern der uneigentlich so genannte Beweis des Gegnees über seine selbstständigen Behauptungen — Einreden, Repliken ꝛc. — veestanden weeden müssen; denn da der eigentliche Gegenbeweis nicht auferlegt wird und nicht durchaus Statt finden muß, so kann das Unterlassen einer solchen Beweisführung nach dem oben II. am Ende Bemerkten nicht als Versäumniß angeschuldigt und ausgesprochen werden.

4) Da die §§. 670 und 671 sagen, daß jedes Versäumungsurtheil in Urtheilsform zu erlassen und niemals blos der Ausschluß duech das Versäumungserkenntniß, sondern immer zugleich ausgespochen werden soll, was in der Sache selbst Rechtens ist, so feagt es sich zuvöderst, ob in diesem Ausspeuche dem Richtee ein unbedingter Befehl, oder nur ein Criterium über das Wesen eines solchen Erkenntnisses gegeben werden soll?

Dem Wortlaute nach scheint allerdings ein unbedingter Befehl dem Richtee ertheilt worden zu seyn; da aber veenünftigerweise nur dasjenige befohlen werden kann, was befolgt werden kann, und es sich nachweisen läßt, daß dieser Befehl in sehr vielen Fällen nach dem anderwärts ausgespeochenen Willen des Gesetzgebers nicht befolgt werden kann, so ist es auch gewiß, daß dee Gesetzgebee hier nur ein Criteeium geben wollte, in welchen Fällen ein Eekenntniß dee Präclusion als Versäumungserkenntniß gelten solle und desfallsige Hülfe in Anspeuch zu nehmen habe.

„Daß sich nicht mit allen Präclusionen Eekenntnisse in der Sache selbst verbinden lassen, wird aus folgenden Beispielen erhellen: Der Beklagte hat seine Eineeden fehlerhaft, dagegen eine negative untadelhafte Litiscontestation vorgetragen; versäumt er nun die ihm auferlegte Verbesserung, so kann nur eine Präclusion, kein Veesäumungserkenntniß gegen ihn ergehen, es müßte auf Beweis des Klägers, oder, wenn etwa vollständige Einreden zugleich vorgebracht worden wären, auf Replicirung verfügt werden; oder, der Probat ist in der Peoductionstagfahrt ausgeblieben, es

*) Nicht auf den Willen des Richters, sondeen nue auf das, was ee wieklich gethan hat, dürfte es ankommen, also nur auf den Inhalt des Eekenntnisses selbst. Nur das Uetheil ist maßgebend über die Rechte, die es zuerkennt oder aberkennt, wenn gleich übrigens die Entscheidungsgründe odee Bemerkungen des Richters zu den Acten nach Umständen den etwa zweifelhaften Sinn des Urtheils deuten können. D. R.

Digitized by Google

darf hier nicht sofort erkannt werden, sondern das Hauptverfahren ist einzuleiten, oder die Erhebung der übrigen, noch nicht erhobenen, Beweise kann auch vorerst noch nöthig werden, oder der Probat hat sich in einem Falle, in welchem der Beweis durch Vermuthungen geführt und eine Prämisse durch den Haupteid erwiesen werden soll, während die übrigen Beweismittel noch nicht erhoben sind, oder in anderen Fällen, in welchen der Beweis durch den Haupteid mit anderen Beweismitteln statthaft simultan cumulirt worden ist und die übrigen Beweismittel noch nicht erhoben sind — auf den Haupteid nicht erklärt, so kann auch hier nur eine Präclusion erfolgen, und kein Versäumungserkenntniß."

Auch ist aus der Geschichte der Entstehung der §§. 670 und 671*), von welcher uns ein Theil in dem Entwurf und dessen „Berichtigungen" gegeben ist, so viel gewiß, daß das Gesetz jeder Präclusion, mit welcher in der Hauptsache selbst nicht sogleich erkannt werden kann, die Hülfe der Restitution aus dem §. 658 versagen und nach der früheren Fassung im Entwurf sie ausdrücklich von den anderen Fällen unterscheiden wollte.

Die obigen Fälle hätten demnach die Restitution aus §. 658, allein wegen dieses Verbots, nicht in Anspruch zu nehmen, wenn auch nicht schon die Rücksicht, daß der §. 658 etwas Exorbitantes in der Restitution, ohne Causalien constituirt, jede ausdehnende Erklärung desselben über den durch seinen Wortlaut bestimmten Gegenstand verbieten würde.

Die oben bezeichneten Fälle hätten also, weil ihnen auch sonst nirgends Restitution bewilligt wird, nach dem Wortlaute des Gesetzes in keinem Falle Wiederherstellung zu hoffen.

Zu diesen im Gesetze nicht berücksichtigten Fällen kommen noch andere, in welchen gleichfalls Vertheidigungs- und Beweismittel verloren gehen können, ohne daß dagegen eine Wiederherstellung durch das Gesetz ausdrücklich gegeben wäre. Dahin gehören alle Versäumnisse solcher Handlungen, zu welchen eine Partei entweder gar nicht, oder nicht unter Androhen eines Präjudizes aufgefordert wird, z. B. Nichteinreichen von Fragstücken, Nichterscheinen bei der Tagfahrt zur Berichtigung der Eidesformel, Versäumen des Antritts des directen Gegenbeweises, des Vortrags der durch Zeugen allein erweislichen Einreden gegen die Beweiszeugen ꝛc.

Da das Gesetz auf der einen Seite so nachgiebig ist und im §. 658 so zu sagen in einen Vergleich mit der contumacia sich eingelassen hat, so darf man sich billig über diese rücksichtslose Vernachläßigung auf der andern Seite wundern.

Sicher wird es dem Wortlaute nach den nicht befriedigen, der das reiche, gerade in diesem Capitel durch das einzige Institut des Edicts so angemessen*) ausgebildete, Material des römischen und gemeinen Rechts kennt, und das durch wörtliche Interpretation der Prozeßordnung gefundene Resultat mit den möglichen und häufigen Vorkommnissen vergleicht.

Würde das Gesetzbuch nur nach seinem Wortlaute ausgelegt, so würde in vielen Fällen der Zweck der Prozedur ohne alle Noth dem Mittel aufgeopfert, in vielen Fällen würde der naturrechtliche Grundsatz (juris gentium), daß der schuldlos Unterlassende nicht Schaden deshalb leiden solle, der doch in der Prozeßordnung vielfach anerkannt ist, verletzt, und in vielen Fällen würde die Ordnung der Rechtsverhältnisse dem blinden Zufall anheim gegeben.

Es fragt sich nun, kann hier nicht in Gemäßheit des L. R. S. 4 sqq. durch eine analoge Anwendung des Gesetzes geholfen werden?

Im Allgemeinen kann man zwar hiergegen einwenden, daß das Gesetz, wenn es weitere Restitutionen hätte bewilligen wollen, solche auch gegeben hätte, daß also sein Schweigen ein hinlänglicher Beweis seiner entgegengesetzten Absicht sei, und daß es sich aus mehreren Gesetzesstellen nachweisen lasse, daß es nicht in infinitum Restitution bewillige — wie aus §. 668 und 1253 — und daß es nicht in allen Fällen restituire, in welchen eine Beschädigung eintreten könne — wie aus §. 156 und 669, Nr. 2 erhelle. — Allein es ist offenbar, daß die Frist von 4 Jahren selbst für die ungewöhnlichsten Fälle hinreiche, in der Rücksicht also die Restitution nicht beschränkt ist, zum andern ist die Partei schon durch das L. R. für Versehen ihres Anwalts gedeckt, und sie kann sich nicht gegen ihren Gegner beschweren, wenn der von ihr gewählte Sachwalter Versehen macht. Jedenfalls hat der vom Staate patentisirte Sachwalter nach seinem gewöhnlichen Vermögensverhältnisse und den Rücksichten, die er auf sich selbst, seine moralische und ökonomische Existenz zu nehmen hat, ein so großes Interesse an guter Geschäftsbesorgung, daß in dieser Beziehung für eine Partei nichts zu befürchten ist; hat übrigens der Sachwaltee dolos gehandelt, so wird der Partei hingegen direct geholfen (§. 1252 b). Auf der andern Seite wären die Nachtheile, welche aus der Möglichkeit einer Restitution wegen Versehen zu fürchten wären, zu drohend, als daß sie hätte zugelassen werden können, denn leicht könnte es geschehen, daß

*) Niemand wird die Berichtigungen des §. 670 und 671, die uns im Anhang zum Entwurf gegeben sind, für die Berichtigung eines bloßen Druckfehlers halten. K.

*) Meines Dafürhaltens hätte man hier mit wenigen Aenderungen, z. B. Aufhebung des gem. Bescheids vom 7. Juli 1669 ꝛc. und Annahme einiger sehr guter Bestimmungen der Prozeßordnung, z. B. §. 661, 657 ꝛc., alles beim Alten lassen können. Das Capitel der Wiederherstellung nach gem. Recht ist nicht durch sich selbst, sondern hauptsächlich durch Unwissenheit der Richter und daher rührende unverständige Nachgiebigkeit in Mißcredit gekommen. K.

Digitized by Google

dann absichtliche Versehen begangen würden, um der Partei zu Zögerungen und Chikanen Gelegenheit zu geben. Diese Nachtheile wären aber bei anderen Restitutionen nicht zu befürchten.

Diese Verhältnisse würden jedoch im günstigsten Falle nur eine Induction gegen die Zulässigkeit weiterer Restitutionen aus dem Grunde des Gesetzes — wenn anders deren Bedingungen vorhanden sind — begründen; eine bloße Induction reicht aber nicht hin, um eine solche Ausdehnung des Gesetzes zu verbieten, sondern nach dem Grunde und den Voraussetzungen, auf welchen jede logische Ausdehnung beruht, müßte der strenge Beweis der Unzulässigkeit derselben gefordert werden. Argum. L. R. S. 4 u. ff.

Wenn also aus anderen Gesetzesstellen, als aus dem §. 658, 670 und 671, weitere Restitutionen consequent sich ableiten ließen, so ist im Gesetz kein Verbot dagegen enthalten.

Zu Begründung weiterer Restitutionen für die oben aufgezählten, im Gesetz übergangenen, Fälle ließe sich nun Folgendes sagen:

In vielen Paragraphen der Prozeßordnung, und namentlich im §. 653 sq., 1252 sqq., 409, 410, 462, 470 und 594 ist der naturrechtliche Grundsatz anerkannt, daß demjenigen, welcher zu gehöriger Zeit eine wichtige Prozeßhandlung nicht vornehmen kann, dies nicht zum Nachtheil gereichen dürfe; insbesondere liegt dieser Grundsatz den §§. 661, 1204 und 1205, in Beziehung auf versäumte Fristen, zu Grunde, wornach selbst gegen den Ablauf einer nicht erstreckbaren Frist wegen Ehehaften Restitution bewilligt wird. Da das Gesetz diesem Grundsatze so unbeschränkt huldigt, daß es ihm Nothfristen, ja sogar rechtskräftige Urtheile, aufopfert, so wird er auch dann zur Anwendung kommen müssen, wenn er keine solche Gegengewichte aufzuwiegen hat, wenn es sich nur um das Versäumniß einer richterlichen Frist handelt. Hier, wie dort, kann der nämliche Nachtheil nur durch dieses Mittel von einer Partei abgewendet werden, denn hier, wie dort, steht der Partei nur der Verlust von Vertheidigungs- und Beweismitteln bevor.

Hiergegen kann zwar eingewendet werden, daß die Fälle verschieden seien, weil es in den Fällen der §§. 661, 1204 und 1205 und des 49. Titels der Prozeßordnung schon gewiß sei, daß die Partei einen Nachtheil erlitten, während dies in obigen Fällen noch nicht erwiesen sei. — Allein, obwohl diese Verschiedenheit nicht zu läugnen ist, so ist sie doch hier nicht entscheidend. Aus dem §. 409 u. s. w. erhellt nämlich, daß wegen neuer Beweise, im Laufe der Prozedur, Restitution ertheilt werden müsse, obwohl noch nicht gewiß ist, ob die nachbringende Partei ohne diese Nova unterliegen würde, oder nur, ob das Beweismittel seinem Zwecke entsprechen werde; der Grund, welcher die Restitution ex cap. novi repert. vel emeng. motivirt, ist kein anderer und nicht stärker, als derjenige, welcher die Restitution wegen Ehehaften dem Gesetzgeber gebot; es läßt sich also hieraus schließen, daß der Gesetzgeber die Restitution wegen verlorener Vertheidigungs- oder Beweismittel vor dem Urtheil nicht deshalb verlieh, weil schon ein Schaden gewiß ist, sondern eher deshalb, weil ein Schaden droht. Es darf also auch aus dem Umstande, daß das Gesetz in §. 661, 1204 und 1205 erst nach eingetretenem Schaden wegen Ehehaften Restitution bewilligt, nicht gefolgert werden, daß es sie in anderen Fällen verweigere, oder daß andere Fälle weniger Berücksichtigung verdienen, sondern man muß die Sache natürlich dahin erklären, daß es eben an andere Fälle nicht dachte, und also auch keine Gelegenheit hatte, für andere Fälle seine Meinung zu erklären.

Ein Wink zu dieser Interpretation scheint sogar im §. 462 gegeben zu seyn, denn hier heißt es, daß Einreden gegen die Beweiszeugen nur dann nach der für sie bestimmten Frist vorgebracht werden dürften, wenn Gründe zur Wiederherstellung vorhanden seien. Erwägt man nun, daß die Versäumung sowohl auf einer Versäumung wegen Ehehaften, als auf Unkenntniß der factischen Verhältnisse beruhen kann, weil ganz natürlich der Probat sich um die Zeugen erkundigen und also auch deren Verhältnisse in der Regel erfahren wird; daß unbestimmt von „Wiederherstellung" in diesem Paragraphen die Rede ist, ohne Unterschied zwischen der Wiederherstellung wegen Versäumniß und der Wiederherstellung wegen Neuheiten; daß er, rücksichtlich der Gründe der Restitution, lediglich nur zurückweist und durch sich selbst nur entscheidet, daß eine Restitution Statt finden solle; daß dagegen in der Prozeßordnung nirgends von einer Wiederherstellung im Laufe der Prozedur selbst die Rede ist, sondern nur von der Wiederherstellung gegen Erkenntnisse im 30. und 49. Titel gehandelt wird; daß der Fall der Unterlassung, von welchem §. 462 spricht, niemals zu denjenigen Fällen gehören kann, in welchen nach §. 658, 670 und 671 wahre Versäumungserkenntnisse erfolgen können; daß also jedenfalls dieser §. 462 eine analoge Ausdehnung anderer Gesetzesstellen billigt; daß es sich nicht einsehen läßt, weshalb Ehrhaften, die nach §. 661, 1204 und 1205 eben sowohl eine Wiedereherstellung begründen, als Neuheiten nach dem 49. Titel, von dem §. 462 nicht eben sowohl als gültige Gründe der Wiedereherstellung gelten sollten, als Neuheiten; so wird jeder Zweifel darüber schwinden, daß nicht nach dem Wortlaut des §. 462 beiderlei Wiederherstellungen gemeint seyn sollten. Ist dies aber der Fall, welchen Grund sollte dann der Gesetzgeber gehabt haben, in ganz gleichen und (durch ihre Häufigkeit) wichtigeren Fällen anders zu verfügen?

Digitized by Google

Hieraus würde folgen, daß, wo immer eine Vertheidigungshandlung oder ein Beweismitel wegen Ehehaften versäumt ist, Restitution gegeben werden müsse, wenn auch kein Versäumungserkenntniß vorliegt, und daß sonach in diesen Fällen zweierlei Versäumnisse und zweierlei Restitutionsarten zu statuiren seien, nämlich Versäumnisse, auf welche wahre Versäumnißerkenntnisse folgen, und gegen welche ohne Caufalien in 14 Tagen, und mit Caufalien später noch restituirt wird, sodann solche Versäumnisse, über welche entweder nur eine einfache Präclusion ergeht, oder auch dies nicht einmal, gegen welche dann nur wegen Ehehaften restituirt wird. Dagegen müßten von der Partei auch die Bedingungen, unter welchen vom Gesetze in den correspondirenden Gesetzesstellen überhaupt eine Restitution wegen Ehehaften gegeben wird, erfüllt werden, d. h. die Restitution muß binnen 14 Tagen, vom Ende der Ehehaften an, nachgesucht werden (übrigens ist das ein tempus utile, cf. §. 658), und die Ehehaften müssen präjudiziell erwiesen werden.

Dieses Resultat wäre vernünftig, der gemeinrechtlichen Praxis ähnlich, und würde dem praktischen Bedürfnisse genügen. Es fragt sich aber, ob es auch hermeneutisch richtig ist. Weil ich nicht die nöthige Muße habe, um es in jeder Rücksicht zu prüfen, jede Interpretation eines neuen Gesetzes ihre Schwierigkeiten hat, und gerade die hier gebrauchte Art der logischen Interpretation immer gefahrvoll ist, so gebe ich diese Idee vorerst nur problematisch mit dem Wunsche, das Interesse der Rechtskundigen für diesen wichtigen Punkt zu erregen. Ich übergehe deshalb auch vorerst eine Einwendung, die ich mir selbst gegen die durchgängige Anwendbarkeit dieser Theorie machte, um zu erfahren, ob sie nicht auch von anderer Seite gemacht wird, und daraus ihre Relevanz besser beurtheilen zu können *).

*) Hier ist die Prozeßordnung ohne Zweifel lückenhaft. Nach dem Entwurfe, worin die §§. 670 und 671 unter der Rubrik der Druckfehler (f) ihrem wesentlichen Inhalte nach ganz abgeändert wurden, sollte ursprünglich zwischen Versäumungserkenntnissen, welche nur den Ausschluß mit einer Prozeßhandlung aussprechen, und solchen, die zugleich noch, was in der Sache selbst Rechtens sei, entscheiden, ein Unterschied gemacht werden. Statt dessen wurde aber alsdann bestimmt, daß das Versäumungserkenntniß überall zugleich die Entscheidung in der Hauptsache selbst enthalten soll, den Fall des §. 115 ausgenommen, wo eine Partei mit der Beweis- oder Gegenbeweisantretung ausgeschlossen wird.

Hierbei ist nun zuverläßig nur übersehen, daß es, außer dem Falle des §. 415, auch noch andere Fälle gebe, in welchen der Ausschluß einer Partei nach gesetzlicher Vorschrift erfolgen muß, ohne daß dabei zugleich schon das Erkenntniß in der Sache selbst gegeben werden kann.

So oft nämlich eine Partei zu einer Prozeßhandlung, mit Androhung des vom Gesetz bestimmten Rechtsnachtheils, sowohl im ersten Verfahren (§. 330 und 331), als in der Beweisinstanz (z. B. im Falle des §. 423 und 424), aufgefordert wird, und nicht erscheint oder die Prozeßhandlung unterläßt, so ist der angedrohte Rechtsnachtheil nach §. 654 auf Antrag des Gegentheils vom Richter auszusprechen, und dies hat auch zu geschehen, wenn die Prozeßhandlung zwar eingekommen, hinsichtlich einzelner unvollkommen erscheinender Theile derselben aber eine neue Auflage gemacht und nicht befolgt wird (§. 289 und 364), so wie bei Geltendmachung des Fragerechts, wenn die, unter Androhung des gesetzlichen Rechtsnachtheils, gestellte Frage nicht beantwortet wird (§ 342).

In allen diesen Fällen treten die angedrohten Rechtsnachtheile erst ein, wenn sie vom Richter ausgesprochen sind (§. 654), und nur die Folgen der Versäumung von Nothfristen treten Kraft Gesetzes ein (§. 658).

Daß aber nicht in allen diesen Fällen zugleich mit dem Ausschlusse, beziehungsweise mit dem Ausspruche des angedrohten Rechtsnachtheils, auch schon ausgesprochen werden könne, was in der Sache selbst Rechtens sei, ist einleuchtend, wenn man erwägt, daß manche, in Folge eines solchen Ausschlusses etwa als wahr anzunehmende, Thatsache, wenn gleich erheblich, dennoch nicht allein entscheidend ist, sondern in ihren Wirkungen von anderen Thatsachen abhängt, über welche erst noch zu verhandeln ist. Eine Einrede kann z. B. nur einen Theil der Klage betreffen, eine Replik nur einen Theil der Einrede, eine Duplik nur einen Theil der Replik ꝛc. Die in Folge eines Versäumnisses als wahr anzunehmende Replik, welche die Einrede ganz aufhebt, ist etwa nur erheblich für den Fall, daß die Klage in der Beweisinstanz noch erwiesen werde ꝛc. In den Fällen der §§. 289, 361 und 342 ist vielleicht auch nur ein Bestandtheil des Klaggrundes, des Einredegrundes, der Replik ꝛc. wegen des Ungehorsams als eingestanden anzunehmen, ohne daß dadurch die Verhandlung über die weiteren Momente des Klaggrundes ꝛc. überflüssig wird. Eben so kann eine nach §. 424 in cont. als anerkannt zu betrachtende Urkunde nur für einen Theil der bestrittenen erheblichen Thatsachen den Beweis liefern.

In allen solchen Fällen kann und muß nun zwar der Ausschluß mit dem Ausspruche des angedrohten Rechtsnachtheils erfolgen, aber das Enderkenntniß in der Sache selbst kann noch nicht erlassen werden.

Man wird also den §. 671 durch die anderen gesetzlichen Bestimmungen ergänzen müssen, und da derselbe nur vorschreibt, was die Versäumungserkenntnisse enthalten sollen, nicht aber sagt, daß solche Erkenntnisse, die nicht den ganzen vorgeschriebenen Inhalt haben, gar nicht als Versäumungserkenntnisse gelten sollen, bei den erwähnten Präclusorerkenntnissen übrigens, obschon sie diesen ganzen Inhalt nach anderen gesetzlichen Vorschriften nicht haben können, gleichwohl die im §. 653 und 654 bestimmten Merkmale von Versäumungserkenntnissen vorhanden sind, so müssen dieselben auch als solche gelten und der 39. Titel der Prozeßordnung muß auf sie Anwendung finden, wenn gleich, was nicht verkannt werden kann, der §. 671 schwer damit zu ver-

VII. Zum 49. Titel.

Daß wegen gleicher Gründe auch eine Restitution schon vor dem Urtheile analog Statt finde, so weit dies an sich möglich ist, wird Niemand bezweifeln.

Es fragt sich aber, in welcher Frist müssen in diesem Falle die Restitutionen nachgesucht werden? — das Gesetz giebt hierüber nicht den leisesten Wink. Man könnte vielleicht

Digitized by Google

hieraus folgern, daß im Laufe der Prozedur wegen des Vorbringens von Neuheiten (die erst nach Ablauf der Frist, binnen welcher sie der Ordnung nach hätten geltend gemacht werden sollen, entdeckt werden) gar keine Beschränkung in

eindären ist. Es bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß dieser §. 671 nur in der Aufzählung der darin berührten Ausnahmsfälle unvollständig sei, wenn man keinen andern Weg zu bezeichnen weiß, auf welchem der Paragraph mit den erwähnten anderen gesetzlichen Bedingungen besser in Einklang gebracht werden könnte.

Mit solchen Versäumungserkenntnissen, die kein Erkenntniß in der Hauptsache selbst enthalten, sind übrigens diejenigen Fälle nicht zu verwechseln, in welchen die Partei formell keine Prozeßhandlung versäumte, sondern bei deren Vornahme nur mancherlei, was ihr dienlich gewesen wäre, nicht geltend machte, wo sie also auch mit nichts ausgeschlossen werden kann, unter der Vernachlässigung aber gleichwohl durch die Natur des Prozeßganges selbst Schaden leidet.

Hat z. B. der Beklagte die Vernehmlassung oder Einredeschrift abgegeben, darin aber einzelne Einreden, die ihm zu Gebote standen, vorzuschützen versäumt, so folgt nach §. 362 und 363 lediglich die geeignete Verfügung, wodurch eine Tagfahrt zur Urtheilsverkündung oder zur Rechtsausführung angeordnet, oder der Kläger zur Replik aufgefordert wird, aber keine ausdrückliche Präclusion mit den nicht vorgetragenen Einreden. Demungeachtet ist der Beklagte in einem solchen Falle, wenn die Einwendungsfrist abgelaufen ist, nach §. 348 nicht mehr befugt, die übergangenen Einreden noch nachzutragen.

Gleiches gilt nach §. 368, vgl. mit §. 348, von den Repliken, Dupliken ꝛc., welche die Partei, die den diesfallsigen Schriftsatz übergab, darin vorzutragen versäumte, nach §. 462 von den, selbst nur erst durch Zeugen zu beweisenden, Zeugenbeweiseinreden, die sie nicht vor der Abhör der angefochtenen Zeugen vorschützte, so wie nach §. 469, 470, 594 und 596 überhaupt von den Beweismitteln, welche die Partei in der Beweisantretungsschrift nicht in Vorschlag brachte.

In allen diesen und ähnlichen Fällen erfolgt kein Ausschluß der Partei und kein Ausspruch von angedrohten Rechtsnachtheilen, und wenn nun die Partei von einem solchen Nachtheile dennoch getroffen wird, so ergiebt sich derselbe gewissermaßen von selbst, nämlich dadurch, daß der Prozeß seinen ordnungsmäßigen Verlauf nimmt, und daß nach gesetzlicher Vorschrift alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel nur in den dafür bestimmten Prozeßabschnitten geltend gemacht werden dürfen.

Da aber dabei keine Versäumungserkenntnisse gegeben werden, so können auch die §§. 658 u. ff. wegen Wiederherstellung gegen solche Versäumungserkenntnisse hier keine Anwendung finden.

Wie sind nun aber in solchen Fällen die gleichwohl eintretenden Rechtsnachtheile wieder aufzuheben?

Der eine Weg besteht darin, daß man die versäumten Vertheidigungs- oder Beweismittel nach §. 1281 in zweiter Instanz, wo der Prozeßgang, wenn gleich in anderer Form, wieder von neuem beginnt, nachträgt, während ein solcher Nachtrag, hinsichtlich der durch ein Versäumnißerkenntniß ausgeschlossenen Vertheidigungs- und Beweismittel, hinsichtlich deren die §§. 658 u. ff. den Weg der Abhülfe vorzeichnen, in zweiter Instanz nach §. 1281, Nr. 6 nicht mehr zulässig ist.

Da aber nicht alle Rechtsstreitigkeiten zur zweiten Instanz gelangen, so fragt es sich, ob nicht noch in der ersten Instanz selbst eine Abhülfe durch Nachtrag des Versäumten möglich sei?

der Zeit Statt finde, allein da die eben citirten §§. 409 u. s. w. auf die Bedingungen der Wiederherstellung zurückweisen, so werden die Grundsätze des 49. Titels nur in ihrer Beschränkung analog ausgedehnt werden können; die Noth-

Für die Beweismittel, die man bei der Beweisantretung vorzuschlagen versäumt hat, gestattet in dieser Beziehung der §. 409 (so wie in Anwendung auf einzelne Fälle die §§. 462, 470, 594 und 596) eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Der §. 348, welcher den Nachtrag der in dem dafür bestimmten Schriftsatze übergangenen Einreden, Repliken, Dupliken ꝛc. untersagt, erwähnt von einem solchen Wiederherstellungsvorbehalte nichts. Dennoch wird ein solcher auch hier angenommen werden, und zwar nicht allein wegen der völligen Rechtsähnlichkeit des Falles mit jenem des §. 409 ꝛc., sondern hauptsächlich noch darum, weil solche, erst später entdeckte, entscheidende Thatsachen nach §. 1253 sogar die Wiederherstellung gegen ein bereits vorhandenes rechtskräftiges Urtheil begründen, um so viel mehr also noch vor Fällung des Urtheils mittelst einer Wiedereinsetzung müssen geltend gemacht werden können.

Setzen wir den Fall, daß der Beklagte, der aus einer Verbindlichkeit seines Erblassers belangt wird, nichts davon wisse, daß der Erblasser die Schuld schon bezahlt habe, und daß er nun, erst nachdem die Sache wegen anderer Streitpunkte schon in die Beweisinstanz übergegangen ist, die Quittung auffinde und daraufhin jetzt die Einrede der Zahlung nachtragen möchte. Wäre der Prozeß schon zu Ende, so könnte er nach §. 1253, auf den Grund dieser erst zu seiner Kenntniß gekommenen Thatsache (der Zahlung), ohne Zweifel die Wiederherstellung verlangen. Dieses Recht gienge ihm aber ganz verloren, wenn er es nicht auch vor Fällung des Urtheils noch geltend machen könnte, und alsdann der Prozeß noch länger als 42 Tage verzögert würde, so daß inzwischen die im §. 1253 bestimmte Wiederherstellungsfrist zu Ende gienge.

Man wird daher, so wie bei den Beweismitteln (§. 409, 462, 470, 594 und 596), eben so auch bei den Einreden, Repliken, Dupliken ꝛc. annehmen müssen, daß sie während des Laufes des Prozesses, jedoch in späteren, als den dazu bestimmten Prozeßabschnitten, noch nachgetragen werden dürfen, wenn, wie der §. 462 sich ausdrückt, „Gründe zur Wiederherstellung vorhanden sind," oder (nach dem Ausdrucke des §. 470) die Partei „ihre Schuldlosigkeit an der Verspätung nachweist," oder ihr (nach dem Ausdrucke des §. 594) die Thatsache neu ist.

Daß dabei die §§. 658 und 661, welche nur von der Wiederherstellung gegen hier nicht vorliegende Versäumungserkenntnisse handeln, keine Anwendung finden, ist schon oben nachgewiesen. Es genügt vielmehr und wird in allen Fällen erfordert, daß solche entscheidende Thatsachen oder Beweismittel der Partei zur Zeit, als sie dieselben vortragen sollte, nicht bekannt waren, oder daß sie ihr etwa bekannt gewesene Urkunden damals nicht herbeizuschaffen vermochte, und daß auch von der Zeit an, als sie zur Kenntniß oder zum Besitz solcher Urkunden, beziehungsweise zur Kenntniß anderer Beweismittel oder entscheidender Thatsachen gelangte, bis zur Zeit der Geltendmachung noch nicht die im §. 1253 bestimmten 42 Tage verstrichen seien. Eine 14tägige, oder überhaupt eine kürzere als 42tägige Frist kann hierbei nicht angenommen werden, weil sonst wieder der bereits erwähnte Fall eintreten könnte, daß die Wiederherstellung, auf den Grund einer und derselben Neuheit, etwa nach drei Wochen noch vor Fällung des Urtheils nicht

Digitized by Google

frist, wenn sie gleich als solche nur in Beziehung auf ein Rechtsmittel erscheint, enthält aber doch auch zugleich eine Beschränkung in der Zeit, und wird also auch hier, wie dort, maßgebend seyn. Keller.

II.

Replik in Betreff der Rechtsgleichförmigkeit und ihrer Bedingungen.

(Zu Ann. IV. S. 283.)

Es giebt Beifallsbezeugungen, welche einer Sache leicht schädlicher sind, als der entschiedenste Widerspruch, und eine Beistimmung dieser Art glaube ich in der Redactionsnote zu meinem Aufsatz in Nr. 47 der Ann. 1836 zu finden.

Gleich die Eingangsworte dieser Note und deren ganzer Inhalt könnten leicht den minder aufmerksamen Leser meines Aufsatzes zu dem Irrthum verleiten, daß meine Meinung sei, das Vielinterpretiren zu empfehlen; allein von der Schädlichkeit dieses Extrems bin ich gewiß so sehr, als mein verehrter Freund, überzeugt, und ich glaube, solches in meinem Aufsatze mindestens angedeutet zu haben.

Die authentische Interpretation, als ein Act der Legislation, hat natürlich alle Schwierigkeiten und alle nachtheiligen Folgen der Legislation, aber sie ist darum für die Herrschaft des legislativen Willens nicht minder unentbehrlich, als die Urgesetzgebung, wie ich solches überzeugend nachgewiesen zu haben glaube.

Gesetze und Interpretationen sind um so unvollkommener, je mehr ihre Bestimmungen den Keim der Unbestimmtheit in sich tragen, es muß daher die erste Aufgabe seyn, sowohl die möglichste Klarheit und Präcision in den einzelnen Bestimmungen, als die vollkommenste Harmonie derselben unter sich zu erreichen.

Wenn aber auch eine Gesetzgebung in dieser Hinsicht das Unerreichbare leisten würde, so wäre dennoch eine zu große legislative Thätigkeit dem Rechtsbegriffe nachtheilig; denn wenn auch die vollendetsten Gesetze in einem Staate nur erschienen, um gleich wieder anderen, eben so vortrefflichen, Platz zu machen, so hätte in demselben das Recht so wenig Wirklichkeit, als in dem, wo alle Fortbildung des Rechts in den Händen der anwendenden Juristen läge; denn hier, wie dort, wäre die Bestimmtheit, also die eigentliche Wirklichkeit des Rechts, immer im beschleunigten Verschwinden, und daß dieses Verschwinden, dieser Untergang aus Bestimmtheit in Unbestimmtheit, und von dirser in neue Bestimmtheit, einen gemäßigten Gang gehe, dieses ist die Festigkeit des Gesetzes, welche für den Begriff von Recht und Freiheit durchaus wesentlich ist.

Dieser Begriff fordert nämlich nicht nur, daß das Gesetz an sich bestimmt sei, sondern daß es auch für das Bewußtseyn derer bestimmt sei, deren Handlungen darnach gerichtet werden sollen, d. h. die Bestimmungen des Gesetzes müssen auch von denen, deren Recht sie bilden, gewußt werden.

Es ist zwar dieses, so wie die feste Bestimmtheit des Rechts selbst, auch nur eine Foederung, welche jedoch annäherungsweise so weit erreicht werden muß, daß mindestens für die Meinung der Rechtssubjecte die Bestimmtheit des Rechts vorhanden ist, indem ja das Unbestimmte unmöglich gewußt und zur Norm des Handelns gemacht werden kann. Nicht einmal dieser Meinung wird aber die gebührende Achtung geschenkt, wenn in einem Staate entweder durch allzurasche Thätigkeit der Gesetzgebung, oder durch Letargie derselben, der angedeutete Verschwindungsprozeß beschleunigt wird.

In einem Repräsentativstaate aber, wo der Freiheitsbegriff den Grad von Entwickelung erreicht hat, daß die demselben angehörenden Rechtssubjecte, vermöge ihrer Theilnahme an der Gesetzgebung, den allgemeinen Willen der Gesetze zugleich als ihren eigenen Willen wissen sollen, ist es eine völlig unabweisliche Forderung, daß die feste Bestimmtheit der Gesetze annäherungsweise erreicht werde, und mindestens für die Meinung der Rechtssubjecte etwas Gewisses sei.

Dieser Forderung aber kann nur dadurch genügt werden, daß im Voraus bestimmt ist, wie lange ein Gesetz den auflösenden Einwirkungen der Doctrin ausgesetzt bleiben dürfe, bis es den Factoren der Gesetzgebung zur Revision und neuen Bestimmung der verschwundenen Bestimmtheiten wieder vorgelegt werde.

Denn so gewiß alles Daseiende in der Zeit sich ändert, so gewiß werden die Gesetze durch Anwendung und Doctrin in ihren Bestimmtheiten andere, als die sie bei ihrer Promulgation waren, und die Macht, welche sie ändert, ist nicht die gesetzgebende, sondern die richterliche; wenn nun aber die gesetzgebende Macht ihre Gesetze nothwendig diesem zerstörenden Einflusse der richterlichen Macht Preis geben muß, so muß sie, wenn sie der Wirksamkeit ihrer Macht gewiß seyn will, entweder durch ein Verfassungsgesetz ein für alle Mal, oder bei jedem Gesetz insbesondere, im Voraus bestimmen, wann das Gesetz im Wege der Revision neu zu bestimmen sei.

In einem rein monarchischen Staate bedarf es einer solchen Vorkehr freilich nicht, weil hier der Staatsherrscher, Kraft seiner Machtvollkommenheit, die Interpretation zu jeder Zeit ausüben kann; in der beschränkten Monarchie dagegen ist schon im Interesse des mit der Initiative versehenen Factors die Gesetzgebung, noch weit mehr aber im Interesse derer, welche das Recht der Initiative nicht haben, eine solche Vorherbestimmung der Gesetzrevision unerläßlich.

Denn wo sie fehlt, da ist die Einwilligung der durch die Factoren der Gesetzgebung vertretenen Rechtssubjecte dieses Volkes in ein Gesetz nicht mehr die bloße Einwilligung in die so vorliegenden Bestimmungen, sondern zugleich die Einwilligung in jede von fremder (nämlich richterlicher) Willkühr ausgehende Aenderung dieser Bestimmungen, weil es, nach einmal gegebenem Gesetz, nicht mehr in der Macht eines einzelnen Factors liegt, die Aenderung desselben durch fremde Willkühr zu verhindern oder zu beseitigen. Eine solche Einwilligung in die Abhängigkeit des Gesetzes von fremder Willkühr aber wäre etwas, was weder der Gesetzgeber, noch der einzelne Mensch rechtlich kann, nämlich Entäußerung der Grundlage alles Rechts — der freien Persönlichkeit.

Trefurt.

---

mehr zulässig wäre, während sie dann um zwei Wochen später, nach inzwischen erfolgtem Urtheile (also in fünf Wochen von der Entdeckung an) wieder zulässig wäre.

Die im §. 661 bestimmte 14tägige Frist kann hier ohnehin nicht maßgebend seyn, da es sich im §. 661 um die Wiederherstellung gegen ein Versäumungserkenntniß, also um Gründe, wegen deren eine Frist nicht eingehalten werden konnte, hier aber um einen Nachtrag von Neuheiten handelt, die nur darum, weil sie Neuheiten sind, mit der sonst nicht versäumten, sondern zu rechter Zeit vorgenommenen, dafür bestimmten Prozeßhandlung noch nicht vorgebracht wurden. D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 4. Karlsruhe den 28. Januar 1837.

I.

Ist Zeugenbeweis bei einer nicht nach den Vorschriften des L. R. S. 1325 verfaßten Urkunde zuläßig?

Mit besonderer Beziehung auf den Aufsatz Nr. III. in Nr. 39 des vorigen Jahrgangs.

Der allegirte Aufsatz sucht darzuthun, daß die Zuläßigkeit eines Zeugenbeweises bei einer Kaufurkunde, in welcher die doppelte Ausfertigung nicht erwähnt ist, nach Badischem Rechte nicht bezweifelt werden könne. Es versteht sich von selbst, daß das Kaufsobject, von welchem in jenem Aufsatze die Rede ist, den Werth von 75 fl. übersteigt, weil sonst die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises nirgends bestritten ist.

Ich halte jedoch das auf die in jenem Aufsatze vertheidigte Ansicht gebaute Erkenntniß nicht für richtig, und zwar aus folgenden Gründen:

Der L. R. S. 1341 enthält nämlich zwei Dispositionen, welche mir bisher nicht gehörig unterschieden worden zu seyn scheinen, nämlich:

I. Die Disposition, daß jedes Rechtsgeschäft, wenn dessen Gegenstand mehr als 75 fl. ausmacht, nur durch eine Urkunde bewiesen werden könne.

II. Die Disposition, daß, unter der Voraussetzung der Existenz einer Urkunde, weder gegen den Inhalt dieser Urkunde, noch zur Ergänzung des Inhalts derselben, noch über Reden, die vor, während oder nach Verfassung derselben vorgefallen sind, ein Zeugenbeweis zuläßig ist, selbst wenn sich dieser Zeugenbeweis auf einen Gegenstand von unter, — oder eigentlich richtiger gesprochen, als sich der L. R. S. 1341 ausdrückt — von nicht mehr als 75 fl. beziehen sollte.

Die L. R. SS. 1342, 43, 44 und 45 sprechen nun alle davon, daß auch in gewissen anderen Fällen kein Zeugenbeweis zuläßig ist; sie sind theilweise Ausnahmen von der Regel des S. 1341, und zwar von der Disposition Nr. I. desselben, wie die Sätze 1343 und 46; theils sind sie nur Anwendungen der Regel des L. R. S. 1341, Disposition I., wie die L. R. SS. 1342 und 45. Diese Ausnahmen von dem L. R. S. 1341, Disposition Nr. I. bilden somit — als Bestimmungen für gewisse Fälle — Regeln für dieselben.

Wenn nun der L. R. S. 1347 sagt, daß obige Regeln eine Ausnahme erleiden, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, so versteht dieser L. R. S. hierunter nicht die beiden in dem L. R. S. 1341 enthaltenen Dispositionen, sondern nur die erste Disposition desselben und die in den L. R. SS. 1342—45 enthaltenen Vorschriften. Der Grund, warum er nicht die zweite Disposition des L. R. S. 1341 hierunter versteht, liegt darin, weil dieser, wie oben erörtert wurde, die Existenz einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft voraussetzt, folglich nicht diesen Fall im Auge hat, sondern nur den, wenn keine Urkunde über das fragliche Rechtsgeschäft errichtet wurde, aber doch der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist. Würde sich der L. R. S. 1347 auf die zweite Disposition des L. R. S. 1341 beziehen, so würde er mit sich selbst und mit dieser Disposition im Widerspruche stehen, und zwar deswegen, weil Satz 1347 sagt, daß, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, Zeugenbeweis zuläßig ist, während die zweite Disposition des S. 1341 sagt: wenn über ein Rechtsgeschäft (dessen Gegenstand den Werth von 75 fl. übersteigt) eine Urkunde errichtet ist, so soll kein Zeugenbeweis zuläßig seyn *).

*) So sagt der S. 1341 nicht. Es heißt dort vielmehr nur, daß wenn eine Urkunde über das Rechtsgeschäft errichtet sei, der Zeugenbeweis weder gegen den Inhalt der Urkunde, noch zu dessen Ergänzung, noch über Reden, die vor, während oder nach der Verfassung vorfielen, zuläßig sei.

Der Zeugenbeweis darf also nur nicht gegen den Inhalt der Urkunde, noch über das, was daneben Statt fand, geführt werden; damit ist aber nicht gesagt, daß er auch nicht zur Unterstützung der Urkunde selbst zugelassen werden könne. Dies verbietet der S. 1341 nicht, daher steht dieser S. 1341 wenigstens nicht im Wege und veranlaßt keinen Widerspruch unter den Ge-

Digitized by Google

Es würde also, wenn sich L. R. S. 1347 auf Satz 1341, II. Disposition bezöge, ersterer Satz einen Zeugenbeweis in dem Falle zulassen, wenn eine Urkunde über das Rechtsgeschäft, und wenn keine solche errichtet worden wäre, wenn nur der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden wäre.

Denn wenn eine Urkunde über ein Rechtsgeschäft errichtet ist, so ist auch wenigstens der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden, nun sagt aber gerade der L. R. S. 1341, II. Disposition, daß bei dem Vorhandenseyn einer Urkunde ein Zeugenbeweis hiergegen oder zur Ergänzung derselben *) nicht zuläßig seie. Um daher mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht in Widerspruch zu gerathen, muß man die obige Unterscheidung der beiden, in S. 1347 enthaltenen, Dispositionen treffen, wornach S. 1347 sich auf die erste Disposition des L. R. S. 1341 bezieht, die da sagt, daß zum Beweise eines Rechtsgeschäfts, dessen Gegenstand den Werth von 75 fl. übersteigt, eine Urkunde nothwendig sei.

Auf die Sätze 1342—45 bezieht sich jedoch Satz 1347, weil diese nicht eine Urkunde als vorhanden, und über das fragliche Geschäft errichtet, voraussetzen, sondern nur, wie auch L. R. S. 1341, I. Disposition, bestimmen, daß in gewissen Fällen kein Zeugenbeweis zuläßig ist.

Ein weiterer Beweis, daß Satz 1347 die Regel des S. 1341, II. Disposition nicht einschränkt, sondern nur die der ersten Disposition dieses Satzes, liegt in den Endworten des Satzes 1341, lautend:

„Selbst wenn bei einem solchen Betreffe nur ein Werth von 75 fl. in Frage steht."

Wenn nämlich diese Verfügung sich nicht auf den Fall, wo bereits eine Urkunde über das den Werth von 75 fl. übersteigende Rechtsgeschäft errichtet ist, bezöge, so würde dieselbe der ersten Disposition des Satzes widersprechen, wornach per argum. e contrario Zeugenbeweis in allen Fällen zuläßig ist, in welchen es sich von Rechtsgeschäften handelt, deren Gegenstand den Werth von 75 fl. nicht übersteigt, sofern nicht die in den Sätzen 1343 und 44 vorgesehenen Fälle vorliegen. Wenn also die Schlußworte des S. 1341 sagen, wenn eine Urkunde über das fragliche Geschäft errichtet ist, gilt kein Zeugenbeweis, so kann der L. R. S. 1347 nicht sagen, diese Regel gilt nicht, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, weil eine über das Geschäft errichtete Urkunde zum mindesten schon der Anfang eines schriftlichen Beweises ist.

Auch der Inhalt und die Stellung des L. R. S. 1348 beweist, daß L. R. S. 1347 sich nur auf die erste Disposition des L. R. S. 1341 bezieht, denn die im Satze 1348 ausgesprochenen Ausnahmen erklären einen Zeugenbeweis dann für zuläßig, wenn es dem Gläubiger unmöglich war, sich schriftlichen Beweis zu verschaffen, folglich ist nicht von dem Falle die Rede, wenn eine Urkunde bereits vorhanden ist, gegen oder für welche Zeugenbeweis gebraucht werden soll. Der L. R. S. 1348 selbst steht aber in der engsten Verbindung mit S. 1347 durch die Anfangsworte:

„Ferner sind davon ausgenommen jene Fälle ꝛc., im französischen Texte: elles reçoivent *encore* exception."

Durch alles dies ist somit dargethan, daß Zeugenbeweis niemals dann zuläßig ist, wenn eine Urkunde über ein Rechtsgeschäft, dessen Gegenstand den Werth von 75 fl. übersteigt, errichtet ist, eben weil das Gesetz will, daß man in Urkunden sich so ausdrücke, daß Alles aus denselben hervorgeht, was die Parteien gewollt oder gethan haben. Hieraus folgt aber, daß auch gegen die Kaufvertragsurkunde, in welcher nicht der doppelten Ausfertigung erwähnt ward, wie L. R. S. 1325 vorschreibt, oder zu Ergänzung derselben kein Zeugenbeweis zuläßig ist, und daß somit das Erkenntniß, welches diesen Zeugenbeweis für zuläßig erklärte, den L. R. S. 1347 unrichtig anwandte und den L. R. S. 1341 verletzte.

Es wäre wirklich eine sonderbare Consequenz, wenn man Zeugenbeweis bei dem Vorhandenseyn einer über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde für nicht zuläßig, diesen Beweis aber dann für zuläßig halten würde, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden wäre.

Hiernach darf man wohl als unbestreitbar annehmen, daß der L. R. S. 1347 sowohl seiner Stellung zu S. 1348, als seines Inhalts wegen von der im L. R. S. 1341 enthaltenen Vorschrift:

daß, wenn eine Urkunde über ein Rechtsgeschäft, welches zu seinem Gegenstande einen Werth von über 75 fl. hat, errichtet wurde, kein Zeugenbeweis zuläßig ist,

keine Ausnahme macht.

Offenbar können die L. R. Zusätze 1340 a, b, c hiergegen nicht angeführt werden, denn es wäre schon an und für sich eine fehlerhafte Taktik, aus einem Abschnitte des Gesetzbuches beweisen zu wollen, daß ein anderer Abschnitt Bestimmungen enthalte, welche jenem widersprächen, weil man voraussetzen muß, daß der Gesetzgeber einen Zusammenhang seinem Producte gegeben haben wird. Nun würde aber der Herr Verfasser des oben angeführten Aufsatzes den Gesetzgeber wirklich eines Widerspruches in seinem Gesetzbuche beschuldigen, wenn aus den angeführten L. R. Zusätzen bewiesen werden könnte, daß bei Urkunden, in sofern

---

setzesstellen, sofern man im S. 1347 die Zulassung des Zeugenbeweises zur Unterstützung einer solchen Urkunde finden kann. D. R.

*) Zur Ergänzung ihres Inhalts, nicht aber um das, was sie bereits enthält, erst glaubwürdig zu machen. D. R.

Digitized by Google

es sich darin von einem Rechtsgeschäfte handelt, welches über 75 fl. Werth zu seinem Gegenstande hat, Zeugenbeweis zulässig wäre, weil L. R. S. 1341 von dieser Behauptung gerade das Gegentheil sagt.

Es ist aber auch in der That dasjenige aus dem Satze 1340 a, b, c nicht zu folgern, was hieraus gefolgert werden will.

Es ist zwar nach demselben richtig, daß Vertragsaufsätze, welche die in dem Satze 1340 a. bezeichnete Eigenschaft haben, verbindlich wirken, allein hieraus folgt nicht, daß ein Zeugenbeweis neben, oder für, oder gegen dieselbe zulässig ist, es bestreht vielmehr neben diesen Sätzen die Vorschrift, daß bei Urkunden kein Zeugenbeweis zulässig ist. — Ein Vertragsaufsatz muß nämlich, um als solcher erkannt werden zu können, die Merkmale seines Wesens in sich selbst enthalten; man muß aus dem Inhalte desselben ersehen können, daß die Parteien nur provisorisch einen Vertrag abgeschlossen haben. Kennt man nun den Vertragsaufsatz als einen Vertragsentwurf, so ist er so gut klagbar, wie jeder andere perfecte, mit den vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehene, Vertrag. Er ist nicht nur nicht ganz gehaltlos in Beziehung auf das Recht der Parteien, wie in obigem Aufsatze gesagt wird, sondern er wirkt vollkommen rechtsverbindlich. Denn es ist ganz gleichgültig, ob ich mich schriftlich dahin verpflichtet habe, ein gewisses Haus um 6000 fl. zu kaufen und den Kaufpreis in gewissen Terminen zu bezahlen, dabei aber in dem Verkaufsaufsatze gesagt habe, daß in Bezug auf die Zeit des Kaufs ich mir noch eine Bedenkzeit von 6 Monaten vorbehalte, nach Verfluß welcher Zeit jedenfalls ein förmlicher Kauf geschlossen werden würde, weshalb gegenwärtiger Aufsatz nur als Entwurf zu betrachten sei, oder ob ich von dem Verkäufer jetzt schon das Haus um 6000 fl. gekauft und darüber mit demselben einen förmlichen Vertrag, d. h. doppelt ausgefertigt und mit Benennung der doppelten Ausfertigung, abgeschlossen habe. In beiden Fällen habe ich eine wirksame Rechtsverbindlichkeit eingegangen, ich bin nämlich nach Satz 1340 b. in dem ersteren Falle schuldig, die förmliche Ausfertigung des Vertrages zu bewerkstelligen, oder aber zu entschädigen, und im zweiten Falle den Kaufschilling zu bezahlen.

Ein Vertragsentwurf ist daher viel mehr, als der Anfang eines schriftlichen Beweises, er ist durch sich selbst schon klagbar.

Würde man nun aber eine ungültige Vertragsurkunde gleich einem Vertragsentwurfe und gleich dem Anfange eines schriftlichen Beweises halten, so würde man vollkommen verbindliche und unter gewissen Umständen wirksame Rechtsgeschäfte ungültigen gleich achten, man würde gegen die klare Bestimmung des L. R. S. 1341, II. Dispositon, einen unzulässigen Zeugenbeweis für zulässig erklären. Man würde aber auch ferner jede Urkunde, welche nach S. 1325 ungültig wäre, dadurch zu einer gültigen erklären, daß man ihr die Kraft eines Vertragsentwurfes zugestände.

Man kann demnach nicht auf die L. R. Zusätze 1340 a, b, c sich berufen, um damit zu beweisen, daß nach badischem Rechte die nicht doppelt ausgefertigte Vertragsurkunde über ein doppelseitiges Geschäft als Anfang eines schriftlichen Beweises anzusehen sei, eben weil die Vertragsentwürfe klagbare Rechtsgeschäfte an und für sich schon sind, in Beziehung auf welche L. R. S. 1341 vollkommen anwendbar ist, ohne daß auf sie Satz 1347 angewendet werden könnte. Aus allem diesem folgt, daß einer die Erfordernisse der in L. R. S. 1325 vorgeschriebenen Förmlichkeiten entbehrenden Urkunde keine rechtliche Folge beigelegt werden kann, weil sie nach diesem Satze nur dann gültig ist, wenn sie die darin vorgeschriebenen Förmlichkeiten hat. Der L. R. S. 6 k. kann hiergegen nicht angeführt werden, weil dieser Satz ausdrücklich dann eine Urkunde für nichtig erklärt, wenn gewisse Förmlichkeiten als nothwendig vorgeschrieben, aber nicht beobachtet sind; nun aber erklärt S. 1325 in den Worten:

„Privaturkunden über doppelseitige Zusagen sind nur gültig ꝛc."

„Jede Urschrift muß ausdrücken ꝛc."

die doppelte Ausfertigung und die Erwähnung, daß dies geschehen, offenbar für eine nothwendige Förmlichkeit.

Daß die im Sinne des L. R. S. 1325 ungültigen Urkunden immer noch einige Kraft besitzen, und deswegen als Anfang eines schriftlichen Beweises angesehen werden müssen, weil nach §. 4 dieses Satzes durch den Vollzug des Vertrages die fehlende Förmlichkeit nicht mehr demselben entgegengesetzt werden könne, scheint nur eine Behauptung zu seyn, welche zu viel, daher nichts, beweist.

Bei dieser Behauptung nämlich werden die nach der gegentheiligen Ansicht durchgehends nichtigen Urkunden den im Sinne des L. R. S. 1325 ungültigen entgegengesetzt; es wird somit hierbei stillschweigend behauptet, daß die durchgehends nichtigen Urkunden immer noch angefochten werden können, wenn der darin beschriebene Vertrag auch vollzogen ist. Nun ist aber z. B. ein eigenhändiges Testament, welches nicht ganz von der Hand des Erblassers geschrieben ist, oder ein Testament überhaupt, welches kein Datum hat, gewiß eine durchgehends nichtige Urkunde, demungeachtet wird man aber nicht behaupten wollen, daß dieselbe auch dann noch angefochten werden könne, wenn die in Gemäßheit der Verfügungen dieses Testaments ausgesetzten Legate von dem Intestaterben ausbezahlt, und überhaupt alle darin getroffenen Anordnungen von diesem vollzogen worden sind.

Der §. 4 des S. 1325 ist somit keine singuläre Bestim-

Digitized by Google

nung für die im Sinne dieses Satzes ungültigen Urkunden, sondern nichts weiter als eine Anwendung des in Art. 1338, §. 2 enthaltenen Satzes, daß die freiwillige Erfüllung einer Verbindlichkeit die Ungültigkeit oder Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes aufhebt.

Nach allem diesem dürfte der Beweis des Satzes, daß die im Sinne des L. R. S. 1325 ungültigen Urkunden als Anfang eines schriftlichen Beweises nicht benutzt werden dürfen, daß somit Zeugenbeweis hierbei unzuläßig ist, geliefert seyn.

II.

Generale des Ministeriums des Innern vom 12. Februar 1836, die Stellung der Gemeindebeamten wegen Dienstvergehen vor Gericht betreffend.

Auf den Erlaß des Gr. Justizministeriums vom 2. d. M., Nr. 472 wird der Regierung des Unterrheinkreises, bezüglich auf die diesseitige Verfügung vom 10. November v. J., Nr. 9812, und vom 21. Dezember v. J., Nr. 11,369, so wie auf ihre im Anzeigeblatt von 1835, Nr. 99 verkündete Verfügung vom 30. November v. J., Nr. 22,960 die Aburtheilung der von Dienstwegen oder wegen erhobener Denunciation gegen Büegermeister, Gemeinderäthe ꝛc. gepflogenen Untersuchungen, insbesondere die formelle Behandlung der Vorfrage über gerichtliche oder administrative Erledigung derselben betreffend, zur Anweisung der Aemter Folgendes eröffnet:

Die diesseitige Anordnung vom 17. August 1827 bezieht sich keineswegs auf die Ausübung der Dienstpolizei über die Gemeindebeamten oder auf die Frage: ob Dienstordnungswidrigkeiten derselben von den Kreisregierungen zu bestrafen seien; daher kann auch die in der Verordnung vom 17. Juli 1833 (Rggsbl. 32) liegende Abänderung dieses Competenzverhältnisses keine Abänderung jener Anordnung vom 17. August 1827 zur Folge haben.

Die Anordnung vom 17. August 1827 betrifft überhaupt alle zur Cognition der Kreisregierungen gelangenden Strafälle, bei welchen es zweifelhaft wird, ob sie nach der Verordnung vom 21. August 1813 zur gerichtlichen oder zur polizeilichen Competenz gehören, in welchen nämlich die Aemter die Acten der Kreisregierung zur polizeilichen Erledigung vorlegen, die letztere aber dafür hält, die Sache eigne sich vor die Gerichte. In einem solchen Falle soll die Kreisregierung, ehe sie die Acten dem Hofgerichte zur Aburtheilung übergiebt, sich darüber schriftlichen Vortrag erstatten lassen. Hierbei muß es nun auch in Untersuchungssachen gegen Gemeindebeamte, wenn das Amt die Dienstentlassung oder einen Besserungsversuch für begründet hält, und darum die Sache der Kreisregierung zum Erkenntnisse vorlegt, eben so sein Bewenden behalten, wie in allen anderen Strafsällen, in welchen das Amt eine Sache der Kreisregierung, als zu deren Cognition gehörig, vorgelegt hat.

Hält jedoch das Amt als Verwaltungsbehörde eine von Gemeindebeamten in ihrem Dienste begangene strafbare Handlung für eine solche, welche zur hofgerichtlichen Aburtheilung geeignet wäre, so bedarf es, um die Stellung des Gemeindebeamten vor Gericht zu verfügen, nicht mehr der Vorlage an die Kreisregierung, sondern das Amt, als Verwaltungsbehörde spricht diese Verweisung der Sache zur gerichtlichen Aburtheilung selbst aus, und notirt die desfallsigen Momente in factischer und rechtlicher Hinsicht zu den Acten, was sofort die Stelle des in solchen Fällen bisher von der Kreisregierung erstatteten schriftlichen Vortrags vertritt, und gegen welche Verfügung des Amtes, als Verwaltungsbehörde, für den Beschuldigten eben so, wie bisher gegen die von der Kreisregierung ausgesprochene Verweisung der Sache an das Hofgericht, der Recurs im Administrativwege Statt findet. Sander.

III.

Generale des Justizministeriums vom 3. April 1835, die Edictalladungen flüchtiger Verbrecher betreffend.

Auf eine Anfrage des hiesigen Gerichtshofes über den Inhalt der Edictalladungen landesflüchtiger Verbrecher, insbesondere für den Fall, wo die gepflogene Untersuchung keine Ueberweisung des Angeschuldigten begründet, ward vom Justizministerium anher eröffnet:

In der Verordnung des Justizministeriums vom 7. März 1810, Rggsbl. XI, S. 88, findet man nur das bestimmt, daß die Edictalladung mit dem Bedrohen zu geschehen habe, daß im Nichterscheinungsfalle weiter, was Rechtens, werde erkannt werden, ferner, daß sich das seiner Zeit zu erlassende Endurtheil in Fällen, wo nach den, bis dahin bestandenen Gesetzen Landesverweisung habe erkannt werden müssen (§. 33 des Strafedicts), darauf zu beschränken habe, die Vollziehung der verwirkten gesetzlichen Strafe auf den Betretungsfall lediglich vorzubehalten (lit. B. C. der Verordnung vom 7. März 1810), welche letztere Bestimmung in dem §. 45 der Erläuterungen zum Strafedict v. J. 1812 blos dahin erweitert wurde, daß das Uetheil auch öffentlich zu verkünden seie.

Diese Vorschriften berechtigen daher keineswegs zu dem Schlusse, daß gegen einen Angeschuldigten, der sich auf ergangene Edictalladung nicht gestellt hat, unter allen Umständen ein Decisiverkenntniß zu erlassen und zu verkünden seie. Sie setzen vielmehr beide voraus, daß der Ausgebliebene, auf den Grund der vorliegenden Beweise, für schuldig erkannt und zur gesetzlichen Strafe verurtheilt werden könne, erwähnen dagegen des Falles, wo der Beweis zur Verurtheilung unzureichend gefunden wird, überall nicht. Den fortwährend Verdächtigen, der sich durch die Flucht der Untersuchung entzogen, solchenfalls klagfrei sprechen und solches öffentlich verkünden, werde demselben die Flucht zum Vortheil gereichen lassen, und zugleich das Anerkenntniß enthalten, daß die Untersuchung nur in Folge neuer Beweise wieder aufgenommen werden könne, was nicht in der Absicht des Gesetzes liegen kann. Vielmehr ist in solchen Fällen das Erkenntniß oder das Decret nur dahin zu erlassen, daß die Untersuchung bis auf Wiederbetretrn des Angeschuldigten auf sich zu beruhen habe, und von einer öffentlichen Verkündung eines Urtheils kann keine Rede seyn.

Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe den 4. Februar 1837.

I.

Erwiederung auf die in Nr. 46 des Jahres 1836 der Annalen enthaltenen Bemerkungen über das in Nr. 38 mitgetheilte Urtheil, insbesondere über den Satz, daß die Notariatsordnung noch gültiges Gesetz für die Amtsrevisoratsurkunden sei.

Es war vorauszusehen, daß die oberhofgerichtliche Entscheidung, welche in den Annalen vorigen Jahres Seite 227 aufgeführt ist, die öffentliche Theilnahme für einen unschuldig geschiedenen Ehegatten erregen würde, der nun seiner, an der Ehescheidung für schuldig erklärten Ehegattin, vermöge der eintretenden gesetzlichen Gütergemeinschaft, einen Theil seines sehr beträchtlichen Vermögens überlassen soll.

Gerade in der Wichtigkeit dieses Falles mag auch der Grund zu suchen seyn, warum die von dem höchsten Gerichtshofe gegebene Entscheidung, daß die Amtsrevisoren bei Errichtung von Eheverträgen nothwendig zwei Zeugen zuziehen müßten, verbunden mit dem Umstande, daß diese Förmlichkeit bisher von vielen Amtsrevisoren vernachläßigt worden ist, und die hieraus für viele Staatsbürger entstandene Rechtsunsicherheit jetzt erst die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zog, denn alle Rechtssätze, worauf die jetzt von dem Oberhofgerichte gegebene Entscheidung gebaut ist, nämlich daß die Amtsrevisoren bei Verrichtung ihrer Staatsschreibereigeschäfte an die Vorschriften der Notariatsordnung gebunden seien, daß die Frage, was zur formellen Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde gehöre, nicht aus dem Landrechte, sondern aus der Notariatsordnung und ihrem Nachtrage beantwortet werden müsse, und daß jene Urkunden nichtig seien, worin die in der Notariatsordnung für eine öffentliche Beurkundung vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten fehlten, sind von dem Oberhofgerichte schon längst als richtig angenommen, und darauf in vorgekommenen Fällen dessen Entscheidungen gebaut worden. Ich verweise deßfalls auf den 4. Band, p. 211 der oberhofgerichtlichen Jahrbücher, es handelte sich damals um die Gültigkeit eines, von einem Amtsrevisor errichteten, Testamentes, welches keinen sicheren Tag der Fertigung hatte, es war nämlich streitig, ob solches am 6. oder 8. September gefertigt worden sei, das Oberhofgericht sprach sich zwar nicht bestimmt darüber aus, ob darin ein solcher Fehler liege, welcher das Testament durchaus nichtig mache, doch stützte es seine Entscheidung, wornach die Sache zu den Appellationsverhandlungen an das Hofgericht zurückgewiesen wurde, auf folgende Gründe:

„Die Landrechtssätze 971 bis 973 sagten zwar nicht ausdrücklich, daß öffentliche letzte Willen auch das Datum enthalten müßten, das Landrecht fordere aber, daß darüber eine Staatsschreibereiurkunde gefertigt werde, und setze voraus, daß dieselbe mit den gehörigen Förmlichkeiten vorgenommen werde; nach der badischen Notariatsordnung dürfe aber das Datum nicht fehlen, dieses ergebe sich aus dem Begriffe Beurkundung, sei aber auch in den §§. 7 und 16 der Notariatsordnung ausdrücklich vorgeschrieben. Es gehöre daher das Datum zu den Förmlichkeiten, mit welchen öffentliche Urkunden nach L. R. S. 1317 zu verfassen seien.“

Ich verweise auf den 6. Band, p. 31; es handelte sich damals um die formelle Gültigkeit eines Vermögensverzeichnisses; das Hofgericht hatte solches für ungültig erklärt und das Oberhofgrricht bestätigte dieses Erkenntniß. In den Entscheidungsgründen wird gesagt:

„Der L. R. S. 1317 gebe keine Definition von einer öffentlichen Urkunde, doch gäben darüber die Notariatsordnung und deren Nachtrag Auskunft.“

Ich verweise ferner auf den 6. Band, p. 77; es handelte sich um die Gültigkeit eines Actes, welchem die Unterschrift des Amtsrevisors fehlte, er wurde für ungültig erklärt. In den desfallsigen Entscheidungsgründen wird gesagt:

„Wo das Gesetz dem Amtsrevisor ein Staatsschreibereigeschäft zutheile und ihn auf die gesetzliche Form verweise, bleibe, so lange die versprochene Amtsrevisoratsinstruction nicht erscheine, die Notariatsordnung die Norm, woran er sich zu halten habe, die Notariats-

Digitized by Google

ordnung §. 16 rechne ausdrücklich unter die Förmlichkeiten der Ausfertigungen, daß am Schlusse der Urkunde die gewöhnliche Unterschrift des Notars beigesetzt werden müsse, dieser Mangel lasse sich durch andere Umstände nicht ergänzen."

Diese Entscheidungen fallen in die Jahre 1828 bis 1830. In ihnen liegt der bestimmte Ausspruch des höchsten Gerichtshofes, daß die von dem Großherzoglichen Justizministerium am 27. Mai 1812 gegebene Erläuterung, welche sagt:

„Daß die Amtsrevisoren an die Notariatsordnung nicht gebunden seien,"

auf einem Irrthume beruhe.

Wie nun eine von dem Großherzoglichen Oberhofgerichte in der neuesten Zeit gegebene Entscheidung, welche mit allen früheren eben so conform ist, als die jetzt gegebenen Entscheidungsgründe mit jenen zu den früheren Urtheilen vollkommen übereinstimmen, abgesehen von ihrer Wirkung auf das bloße Billigkeitsgefühl, vom Juristen so aufgefaßt werden konnte, als wenn darin ganz neue, bisher noch unerhörte, Rechtssätze zu Tage gefördert worden wären, besonders da auch schon in Treffurts Handbuch S. 370 im Jahre 1824 dieselbe Ansicht entwickelt ist, darüber muß man sich in der That wundern. Am wenigsten aber war zu erwarten, daß ein Mitglied eines badischen Gerichtshofes das oberhofgerichtliche Urtheil in jener Art, wie es in Nr. 46 der Annalen geschehen ist, anfechten, daß er, dem doch der Inhalt der oberhofgerichtlichen Jahrbücher nicht fremd seyn kann, aus der neuesten oberhofgerichtlichen Entscheidung eine allgemeine Gefährdung der Rechtssicherheit beinahe aller badischen Staatsbürger, die, ungeachtet der früheren conformen Urtheile, bis jetzt ungefährdet geblieben ist, prophezeihen und sogar gegen die Richter des höchsten Gerichtshofes die Verdächtigung aussprechen würde, daß sie, ohne gehörig von dem Stande der Sache unterrichtet zu seyn, blindlings den Ansichten des Respicienten gefolgt seien.

Auch ich will die bei der vorliegenden Entscheidung wieder zur Sprache gekommene controverse Frage, ob die eheordnungsmäßige Entschädigungsquart neben dem Landrechte fortbestehe, keiner neuen Erörterung unterwerfen, allein auch ich kann hier nicht unterlassen, unter Hinweisung auf die Erörterungen eines meiner Herren Collegen in Nr. 47 der Annalen, mein Erstaunen darüber auszudrücken, wie ein mehrjähriges Obergerichtsmitglied eine so gänzliche Unbekanntschaft mit der Verfassung unserer Collegialgerichte affectiren konnte, daß er eine Rechtsungleichförmigkeit, welche aus dem in Nr. 38 der Annalen ausdrücklich erwähnten Votantenwechsel unvermeidlich hervorgieng, auf Rechnung des Gerichts setzen mochte.

Was aber die gegebene Entscheidung über die Gültigkeit des Ehevertrags anbelangt, so soll die gegenwärtige Darstellung zeigen, ob der Herr Verfasser jener Bemerkungen solche Gründe für seine Ansicht vorgetragen hat, welche, nach dem von ihm gewählten Ausdrucke, die Kraft haben können, das oberhofgerichtliche Urtheil über den Haufen zu werfen.

Vor allem ist zu erwähnen, daß in diesen Bemerkungen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, obgleich gesagt wird, daß sie beinahe wörtlich wiedergegeben seien, ganz entstellt vorgetragen sind. Es wird nämlich unter Zus. 3 als ein oberhofgerichtlicher Entscheidungsgrund Folgendes aufgeführt:

„Wo das Landrecht für einseitige oder zweiseitige Willenserklärungen besondere Formen vorschreibt, hebt es die in der Notariatsordnung und ihrem Nachtrage enthaltenen Förmlichkeiten nicht auf, sondern neben ihnen sind nun noch die Förmlichkeiten des Landrechts mit zu beobachten."

Aus diesem Satze sollen nun alle jene Unheil bringenden Folgen entstehen, welche in den angerufenen Bemerkungen mit grellen Farben geschildert sind.

Hätte aber der Herr Verfasser der Bemerkungen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, insbesondere jenen Nr. 8 g, genau angesehen, so würde er sich überzeugt haben, daß darin der von ihm angegebene Satz nicht zu finden ist, denn es wird darin blos gesagt, daß

1) die in der Notariatsordnung vorgeschriebenen Erfordernisse zu einer rechtsgültigen Beurkundung durch den §. 7 des Nachtrags nicht aufgehoben seien,

2) daß die Staatsschreiber aber auch jene Formen beobachten müßten, welche das Landrecht für gewisse Arten von Rechtsgeschäften vorschreibe.

Hier ist also etwas Weiteres nicht gesagt, als daß es zwei Gesetze gebe, deren Vorschriften die Staatsschreiber bei der Verrichtung ihrer Rechtsgeschäfte beobachten müßten, nämlich die Notariatsordnung hinsichtlich der darin vorgeschriebenen allgemeinen Erfordernisse einer rechtsgültigen Beurkundung, und das Landrecht hinsichtlich der darin für einzelne Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen Förmlichkeiten.

Von einer Nebeneinanderstellung dieser Förmlichkeiten ist sonach in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen nirgends die Rede. Wäre aber auch solches der Fall, so wäre dieser Satz jetzt nicht zum ersten Male ausgesprochen, er ist schon in dem oben angerufenen vierten Bande der oberhofgerichtlichen Jahrbücher als Entscheidungsgrund aufgestellt, indem dort gesagt ist, daß, obgleich die Landrechtssätze 971 und 975 von einem sicheren Datum nichts erwähnten, dieses doch vorhanden seyn müsse, weil die Notariatsordnung vorschreibe, daß die Urkunde den Tag, wo die Ausfertigung vollendet worden, haben müsse.

Digitized by Google

Ich gehe nun zu den beiden, in den angeführten Bemerkungen erörterten, Fragen über.

1) Ist die Notariatsordnung und deren Nachtrag für die Amtsrevisoren ein bindendes Gesetz?

2) Ist es eine Nichtigkeit, wenn der Amtsrevisor bei Errichtung von Eheverträgen die Zuziehung zweier Zeugen unterläßt?

Zu 1. Das oberhofgerichtliche Urtheil hat diese Frage bejahend entschieden, die dafür angeführten Gründe sind aus Nr. 38 der Annalen bekannt. Ich habe mich daher nur mit jenen Gründen zu beschäftigen, welche in den allegirten Bemerkungen für die entgegengesetzte Ansicht aufgeführt sind. Sie sind folgende:

„Die Notariatsordnung sei auf jene Rechtsvorkommenheiten zu beschränken, für welche sie ertheilt wurde, der Gegenstand der Notariatsordnung sei aber bloße Beurkundung gewesen; das Landrecht habe aber auch den Staatsschreibern die gesetzmäßige schriftliche Entwerfung des Willens der Parteien übertragen, es müsse daher nachgewiesen werden, daß die Gesetzgebung die Kraft der Notariatsordnung auch hierauf ausgedehnt habe, vergebens berufe man sich desfalls auf den Nachtrag derselben, denn gerade darin werde gesagt, daß diese neue Amtspflicht der Staatsschreiber nach der, durch die landrechtliche neue Gesetzgebung vorgeschriebenen, Form zu geschehen habe.

Daß die Notariatsordnung v. J. 1806 über den erst durch das neue Landrecht den Staatsschreibern zugewiesenen ausgedehnteren Wirkungskreis der gesetzmäßigen schriftlichen Entwerfung des Willens der Parteien Bestimmungen enthalte, dieses zu behaupten, ist gewiß noch Niemand eingefallen. Eben so wenig wird aber geläugnet werden können, daß der aus Veranlassung des, durch das neue Landrecht erweiterten, Geschäftskreises der Staatsschreiber erschienene Nachtrag zur Notariatsordnung jenes Gesetz ist, in welchem diese Bestimmungen zu finden sind.

Dasselbe überläßt ihnen zum §. 7 das bisherige Recht der Beurkundung, überträgt ihnen aber zugleich die Verfertigung aller Aufsätze über einseitige und zweiseitige Willenserklärungen der Staatsbürger nach der durch das Landrecht vorgeschriebenen Form und mit Beobachtung aller, für deren inneren und äußeren Rechtsbestand erforderlichen, Eigenschaften.

Nothwendig folgt hieraus, daß die Staatsschreiber bei den Rechtsgeschäften, welche ihnen durch das neue Landrecht zugewiesen sind, die dafür vorgeschriebenen Formen beobachten müssen, z. B. bei den Testamenten, hinsichtlich deren sie insbesondere belehrt werden, daß die bisherige Form der Staatsschreibertestamente nicht mehr genüge, sondern desfalls genau den Vorschriften des Landrechts nachgegangen werden müsse.

Es folgt aber ferner hieraus, daß sie bei der Errichtung einer jeden Urkunde, wenn solche die Kraft einer öffentlichen haben soll, nach L. R. S. 1317 die gesetzlichen Förmlichkeiten beobachten müssen; da aber das Landrecht hierüber keine allgemeine Bestimmung giebt, vielmehr solche in dem Nachtrage zur Notariatsordnung zu suchen ist, in demselben aber zu den §§. 8—11 der Notariatsordnung gesagt wird, daß man solchen etwas zuzusetzen nicht für nöthig finde, so wird man wohl genöthigt seyn, aus dem §. 11 der Notariatsordnung die Belehrung zu entnehmen, welche Formen nothwendig seien, um einer Urkunde die Kraft einer öffentlichen beilegen zu können.

Daß aber die Vorschriften des Nachtrags zur Notariatsordnung, folgeweise auch der darin ausdrücklich bestätigte §. 11 der Notariatsordnung für ein oder so die Bezirksstaatsschreiber, wie alle anderen, bindendes Gesetz erklärt worden seien, wird keiner weiteren Erörterung bedürfen.

Vergeblich beruft sich der Herr Verfasser der Eingangs gedachten Bemerkungen auf die in dem Organisationsedicte v. J. 1809 und seinen Beilagen enthaltenen Bestimmungen, um daraus zu beweisen, daß die darin zu Bezirksstaatsschreibern ernannten Amtsrevisoren an die Notariatsordnung und deren Nachtrag nicht gebunden seien.

Der von ihm angerufene §. 16 des Edicts sagt blos, daß alle seither bestandenen Administrativ-, Justiz- oder Finanzstellen, welche nicht in dieser Verordnung und ihren Beilagen benannt sind, für aufgelöst angesehen werden sollen, da nun die Beilage lit. C. II. sagt, daß ein Jeder, der die, bisher von den Amtsschreibern versehenen, Geschäfte und diejenigen, welche weiter dazu geschlagen werden, in einem Bezirke besorgt, Amtsrevisor genannt werden soll, so folgt daraus etwas Weiteres nicht, als daß die bisher bestandenen Amtsschreibereien aufgelöst seyn sollen, und da in dem Nachtrage zur Notariatsordnung ad §. 1 und 2 die Amtsschreiber zu Bezirksstaatsschreibern ernannt waren, so waren nach der Beilage lit. C. II. die Amtsrevisoren in dieser Eigenschaft an ihre Stelle getreten.

Das zweite Einführungsedict zum Code Napoleon vom 22. Dezember 1809 erklärt nun die Amtsrevisoren ausschließlich als Staatsschreiber, und beläßt nur ausnahmsweise den noch bestehenden Notarien die Ausübung des Staatsschreibereirechtes in dem, durch die Notariatsordnung v. J. 1806 bestimmten, Umfange, woraus etwas Weiteres nicht gefolgert werden kann, als daß es nach der Absicht des Gesetzgebers neben den Bezirksstaatsschreibern keine andere künftig mehr geben soll.

Daß aber die Amtsrevisoren als Bezirksstaatsschreiber nicht mehr an die Notariatsordnung, beziehungsweise an

Digitized by Google

den Nachtrag derselben, gebunden seyn sollen, dieses soll ferner aus dem §. 17 des Organisationsedictes v. J. 1809 folgen, welcher sagt, daß alle, in den bisherigen Organisations- und Constitutionsedicten, auch anderen Landesgesetzen, enthaltenen Verordnungen, welche dem gegenwärtigen Edicte und dessen Beilagen entgegenlaufen, aufgehoben seyn sollen, allein einmal bezieht sich diese Bestimmung nur auf solche Verordnungen, welche die organische Einrichtung der Administrativ-, Justiz- und Finanzstellen betreffen, sodann bezieht sie sich auf solche Verordnungen, welche dem Organisationsedicte zuwiderlaufen.

Beides ist mit der Notariatsordnung der Fall nicht; und will man daraus, daß in der Beilage lit. C. II., welche den Geschäftskreis der Amtsrevisoren bestimmt, von der Notariatsordnung und deren Nachtrag keine Erwähnung geschieht, einen Schluß auf die Abschaffung derselben ziehen, so würde man auch daraus, daß in der Beilage lit. C. I., welche den Geschäftskreis der Beamten bestimmt, von der Obergerichtsordnung keine Erwähnung geschieht, den Schluß auf deren Abschaffung ziehen müssen, was aber keinem Menschen einfallen wird. Die Obergerichtsordnung ist die Instruction für die Beamten der Civilgerichtsbarkeit in streitigen Sachen, so wie der Nachtrag zur Notariatsordnung die Instruction für die Staatsschreiber, als Beamten der willkührlichen Gerichtsbarkeit, ist; eine, wie die andere, wurde durch die Organisation v. J. 1809 nicht aufgehoben.

Das einzig Wahre bei dieser Sache ist, daß den Amtsrevisoren durch die Organisationsbeilage lit. C. II. neben den Staatsschreibereigeschäften, welche früher die Amtsschreiber zu verrichten hatten, auch noch andere Geschäfte, welche diesen oblagen, zugewiesen worden sind, z. B. die Aufsicht auf die Grund- und Lagerbücher, die Fertigung der Gemeinds- und Stiftungsrechnungen u. s. w. Daß die Notariatsordnung und deren Nachtrag sich hierauf nicht beziehen kann, versteht sich von selbst.

Endlich kann daraus, daß die Beamten in der Organisationsbeilage lit. C. I. hinsichtlich der willkührlichen Gerichtsbarkeit die Aufsicht auf die Geschäftsverrichtung der Amtsrevisoren zugewiesen ist, durchaus nichts gegen die Rechtskraft der Notariatsordnung und ihres Nachtrages gefolgert werden. In dem Nachtrage zur Notariatsordnung war dieses Aufsichtsrecht den Kronanwälten zugewiesen, bekanntlich erklärte aber der §. 4 des zweiten Einführungsedicts zum Code Napoleon die Bestellung der Kronanwälte für suspendirt, und ihre Verrichtungen wurden den Beamten übertragen, unter diesen das Aufsichtsrecht auf die Amtsrevisoren.

Allerdings ist in der Organisationsbeilage lit. C. II. eine allgemeine Amtsrevisoratsinstruction zugesagt worden, eine solche ist aber bis jetzt nicht erschienen, daraus kann aber nur gefolgert werden, daß die Amtsrevisoren hinsichtlich ihrer Amtsgeschäfte an die bereits bestehenden Gesetze, folglich hinsichtlich ihrer Staatsschreibereiverrichtungen an den Nachtrag der Notariatsordnung, als das eine genaue Instruction dafür enthaltende Gesetz, gebunden sind, und da hierin der §. 11 der Notariatsordnung ausdrücklich bestätigt ist, dirser aber zu einer öffentlichen Beurkundung die Zuziehung zweier Zeugen erfordert, und der Satz 1391 des Landrechts bei Eheverträgen die Errichtung einer öffentlichen Urkunde verlangt, so wird es wohl nicht bezweifelt werden können, daß der Amtsrevisor bei Errichtung solcher Verträge zwei Zeugen zuziehen müsse. Ich gehe nun

Zu 2. zur Frage über: ob aus der Nichtbeobachtung dieser Förmlichkeit eine Nichtigkeit folge?

In dem oberhofgerichtlichen Urtheile ist diese Frage bejahend entschieden und sonach die Beiziehung von Zeugen als eine nothwendige Förmlichkeit der von Staatsschreibern errichteten Eheverträge angesehen worden, der Herr Verfasser der Eingangs erwähnten Bemerkungen will sogar in den diesem Ausspruche unterlegten Entscheidungsgründen einen unwahren Rechtssatz erblicken, woraus alsdann eine Nichtigkeit des oberhofgerichtlichen Urtheils folgen würde.

Aber auch dieser Vorwurf ist ganz unbegründet; der allgemeine Begriff der Nichtigkeit ist, wie Zachariä, Handbuch des Civilrechts Th. 1, p. 64 sagt, die rechtliche Ungültigkeit oder Unwirksamkeit, mit welcher eine Rechtshandlung aus dem Grunde behaftet ist, weil sie mit einem gesetzlichen Gebote oder Verbote im Widerspruche steht.

Da aber der Code Napoleon einerseits so wenig sagt, daß alle Rechtshandlungen, welche mit einem seiner Gesetze im Widerspruche stehen, nichtig und unwirksam seyn sollen, andererseits aber eben so wenig verfügt, daß nur die Rechtshandlungen, welche er ausdrücklich für nichtig erklärt, für nichtig zu erachten seyn sollen, wenn er auch bei einzelnen Vorschriften hinzufügt, daß die Nichtbeobachtung derselben die Nichtigkeit der Handlungen zur Folge haben sollen, so muß man annehmen, daß der Richter berechtigt sei, eine gesetzwidrige Rechtshandlung auch dann für nichtig zu erklären, wenn sie von dem Gesetzbuche nicht für nichtig erklärt worden ist. Es beruhen daher die Nichtigkeiten entweder auf einer ausdrücklichen Vorschrift, oder auf dem Grunde der Gesetze. Die letzteren sind ihrem Wesen nach in das Ermessen des Richters gestellt, welcher hierbei zu erwägen hat, ob die Beobachtung der Vorschrift, welche verletzt worden ist, als wesentlich nothwendig zu betrachten war, oder nicht.

Mit dieser von Zachariä gegebenen Rechtslehre stimmt die in dem L. R. S. 6 k. gegebene Bestimmung im Wesentlichen überein, nur giebt sie den Gesichtspunkt für das richterliche Ermessen noch näher dahin an:

Digitized by Google

„Ob ungeachtet des mangelhaften Verfahrens die Absicht des Gesetzes dennoch erreichbar sei."

Beteachtet man nun nach diesen allgemeinen Rechtssätzen die im §. 11 der Notariatsordnung gegebene Bestimmung, so wird man sich sehr leicht davon überzeugen, daß dieselbe die Zuziehung zweier Zeugen bei einem von einem Staatsschreiber verfaßten Acte füe eine nothwendige Förmlichkeit erklärt. Es sagt nämlich dieses Gesetz:

„Da der Staatsschreiber öffentliche Beurkundung geben soll, so müssen neben ihm von der ganzen zu beurkundenden Sache noch zwei unbetheiligte und unbefangene, von ihm dazu erbetene, männliche Zeugen die gleiche Wissenschaft mit ihm zu gleicher Zeit erlangt haben und bezeugen."

Das Gesetz erkläet hierdurch die Zeugenzuziehung für eine wesentliche Bedingung einer öffentlichen Beurkundung, und daher verdient eine Urkunde, welche mit Vernachläßigung derselben errichtet worden ist, den Namen einer öffentlichen Urkunde nicht, dieses geht aus dem L. R. S. 1317 klae hervor, welcher sagt:

„Eine öffentliche Urkunde ist diejenige, die von solchen öffentlichen Beamten, welche an dem Orte des Geschäfts zu beurkunden berechtigt sind, mit den erforderlichen Feierlichkeiten verfaßt worden."

Wenn nun der L. R. S. 1394 vorschreibt, daß alle Eheverträge vor der Heirath durch einen Staatsschreiber schriftlich abgefaßt werden sollen, so ist hierdurch die Absicht des Gesetzgebers klar ausgesprochen, daß jeder Heirathsvertrag in einer, vom Staatsschreiber gefertigten, öffentlichen Urkunde abgefaßt werden müsse.

Es ist hier die nämliche Bestimmung, wie in dem Art. 931, hinsichtlich der Schenkungen unter den Lebenden, gegeben, und wahrscheinlich beruht der Grund dieser Verfügung gerade auf dem Umstande, daß es gesetzlich erlaubt ist, in dem Heirathsvertrage Schenkungen zu machen, und daß solches auch großentheils geschieht. Der Urtext des Art. 1394 sagt: par acte devant Notaire; und daß die Worte des badischen Textes nur eine mangelhafte Uebersetzung sind und keine Abweichung bezweckten, dieses ergiebt sich aus Brauers Erläuterungen Bd. 3, S. 319, wo er hinsichtlich der Aenderungen von Eheverträgen zu Art. 1396 sagt: Die Mitwirkung der Personen, welche beim Ehevertrage selbst nur zufällig, und nicht wesentlich war, sei auch bei der Aenderung nicht nothwendig, wenn nur die Aendeeung auch wieder die gesetzliche Form einee Staatsschreibereiurkunde habe.

Muß aber ein Ehevertrag in einer solchen öffentlichen Urkunde abgefaßt seyn, so ist ein solcher, der in einer bloßen Privaturkunde abgefaßt ist, ungültig, folglich auch derjenige, der zwar von einem Staatsschreiber, aber mit Unterlassung der, zu einer öffentlichen Beurkundung gesetzlich vorgeschriebenen, wesentlichen Förmlichkeiten abgefaßt ist; daß aber die Zuziehung zweier Zeugen ein wesentliches Erforderniß der öffentlichen Beurkundung sei, dieses kann nach der klaeen Voeschrift des §. 11 der Notariatsordnung nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, und da in dem fraglichen Falle kein Umstand vorhanden war, aus welchem man die Absicht des Gesetzgebers, des vorgelegenen Mangels ungeachtet, für erreicht ansehen konnte, so konnte auch ein billiges Ermessen des Richters zum Vortheile des Beklagten nicht eintreten.

Zum Schlusse bemerke ich nur noch, daß nur die allgemeine Theilnahme, welche sich nach dem ergangenen oberhofgerichtlichen Urtheile für den unschuldig geschiedenen Ehegatten ausspeach, und nach den vorausgegangenen ehelichen Verhältnissen desselben aussprechen mußte, mich bewegen konnte, die Bemerkungen in Nr. 46 der Annalen öffentlich zu widerlegen, ungeachtet ihre Form sowohl, als ihr Inhalt, mich wohl berechtigt hätte, sie unbeantwortet zu lassen, wobei ich die Andeutungen des Herrn Verfassers, als sei das oberhofgerichtliche Urtheil, ohne Berücksichtigung der daraus entstehenden Folgen, und ohne daß die Mitglieder des höchsten Grrichtshofes vorher über die zur Entscheidung vorgelegenen Rechtsfragen nachgedacht hätten, erlassen worden, nur mit der Versicherung abfertigen kann, daß der höchste Gerichtshof sich stets für verpflichtet wird halten müssen, öffentliche Urkunden für nichtig zu erklären, bei welchen wesentliche Erfordernisse zu einer öffentlichen Beurkundung mangeln, wenn auch noch so viele, an diesem Gebrechen leidende, Urkunden von den Amtsrevisoren errichtet worden sind, daß dieser Umstand dem höchsten Gerichtshofe bei der Berathung des vorgelegenen Falles gewiß nicht entgangen seyn wird, und daß die Mitglieder desselben über die zur Entscheidung vorgelegenen Rechtsfragen nicht unvorbereitet und ohne Nachdenken ihre Abstimmung werden gegeben haben, worüber mich bestimmter zu äußern, mir die Achtung, die ich ihnen mit dem Herrn Verfasser der erwähnten Bemerkungen schuldig bin, verbietet.

Hätte derselbe sich in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern umgesehen, so würde er gefunden haben, daß der vorgelegene Fall nicht der erste derartige war, welcher zur Entscheidung kam, er würde gefunden haben, daß derselbe ganz conform mit den schon vor 6 bis 8 Jahren zur Entscheidung gekommenen auf die nämlichen Rechtsgrundsätze, welche der oberste Gerichtshof auf die damals erstatteten schriftlichen Vorträge adoptirt hat, entschieden worden ist.

Esser.

Digitized by Google

II.

Zu dem Rechtsfalle 1836, Nr. 7. II., Luxbourg gegen Döring.

Der Anwalt des Beklagten (dem die Sache in der zweiten Instanz übertragen wurde) suchte die Unstatthaftigkeit des erkannten und für justificirt erklärten Personalarrestes unter Anderem aus dem Hauptgrunde nachzuweisen:

„Daß es an der erforderlichen Bescheinigung fehle, daß dingliche Arrest zur Sicherung des Klägers nicht hinreiche" (§. 680 der Prozeßordnung).

Die von den beiden Anwälten erhobene Controverse:

Ob der Kläger die Zulässigkeit des Personalarrestes dadurch zu bescheinigen habe:

„Daß der dingliche Arrest nicht zureiche,"

oder vielmehr der Beklagte die Unzulässigkeit desselben dadurch zu bescheinigen habe:

„Daß der dingliche Arrest allerdings zureiche,"

wurde von dem höchsten Gerichtshofe im Jahre 1835 indirect dahin entschieden, daß dem Kläger die Zulässigkeit des Personalarrestes zu bescheinigen obliege.

Dieser Gerichtshof nahm aber an, daß diese Bescheinigung sich aus dem Umstande ergebe:

1) Daß der Kläger zur Begründung der Behauptung:

„Es habe der Beklagte seine Effecten theils verkauft, theils abgesendet, und besitze sonst kein Vermögen,"

auf einen vom Richter sogleich einzunehmenden Augenschein angetragen habe;

2) daß der Beklagte in der Justificationstagfahrt der oben erwähnten Behauptung keinen Widerspruch entgegengesetzt habe.

Man ging hier von der Unterstellung aus:

„Daß der Beweis der Ungedecktheit des Klägers zunächst aus richterlichem Localaugenscheine geschöpft werden könne und daß der Nichtwiderspruch von Thatsachen eine weitere Bescheinigung der Wahrheit derselben sei."

Da der hier ausgesprochene Grundsatz von hoher Wichtigkeit ist, so dürfte dessen Erörterung hier um so mehr am rechten Orte seyn, als auch die Redaction dieses Blattes denselben zum Theil für richtig anerkannte.

Wenn auch der §. 395 der Prozeßordnung weder eine Definition der „Bescheinigung" aufgestellt, noch alle Bescheinigungsmittel angeführt hat, so möchte doch so viel aus diesem Paragraphen zur Gewißheit hervorgehen, daß ein Beweismittel oder Beweisgrund, wenn er für eine Bescheinigung gelten soll, nothwendig die Wahrscheinlichkeit des damit begründet werden wollenden Umstandes sofort darthue. Sofortige Wahrscheinlichkeit ist daher das Criuomenon der Bescheinigung. — Dieses auf den ausgesprochenen Grundsatz des höchsten Gerichtshofes angewendet, ergiebt sich Folgendes:

ad 1. Abgesehen von der Frage: ob der Augenschein zur Eruirung der gesetzlichen Bedingung:

„daß der dingliche Arrest nicht zur Sicherung des Klägers hinreiche,"

ein zulässiges Beweismittel sei (da der Richter hierbei verbunden wäre, die Winkel der Wohnung des Beklagten zu durchsuchen, die Gegenstände [etwa unter Zuziehung von Taratoren] abzuschätzen und sofort geeigneten Falls mit Arrest zu belegen), ist doch der Natur der Sache und dem Geiste des §. 395 der Prozeßordnung nach so viel außer Zweifel, daß der Augenschein, wenn er dem Richter etwas wahrscheinlich machen soll, eingenommen werden muß. Dies geschah in concreto nicht! Der bloße Antrag auf Augenschein überzeugt den Richter von nichts. — So wie der Richter die Urkunden und Zeugen, auf die sich der Kläger bezieht, durchlesen und resp. abhören muß, um zu ersehen, ob die Behauptung dadurch wahrscheinlich gemacht wird, eben so muß derselbe den Augenschein einnehmen, wenn ihm durch ihn etwas wahrscheinlich werden soll.

Nichtsdestoweniger hat der höchste Gerichtshof die Thatsache, daß Beklagter seine Effecten theils verkauft, theils fortgeschickt habe und kein sonstiges Vermögen besitze, von Rechtswegen für wahrscheinlich erklärt. (Wie sich diese Wahrscheinlichkeit factisch bestätigte, ergiebt sich aus dem Umstande, daß der Beklagte gleich nachher drei Tage lang öffentliche Versteigerung hielt.)

Ad 2. Der Nichtwiderspruch von Thatsachen soll eine weitere Bescheinigung der Thatsachen seyn.

Da noch gar keine Bescheinigung vorlag, so konnte der Nichtwiderspruch keine weitere Bescheinigung abgeben.

Daß aber der Nichtwiderspruch von Thatsachen überhaupt als eine Bescheinigung dieser Thatsachen gelten soll, läßt sich wohl auf keine Art rechtfertigen. Wenn nun gleich der §. 395 der Prozeßordnung gemeine Vermuthungen als Bescheinigungsmittel zuläßt, und der Art. 1353 des Landrechts dem Gutfinden des Richters Vieles überläßt, so ist doch wieder auf der andern Seite so viel gewiß, daß der Richter nur auf solche Vermuthungen ein Erkenntniß bauen darf, die nicht vom Gesetze speciell verworfen sind (lex spec. derogat generali).

Unsere Prozeßordnung giebt nun aus verschiedenen Stellen deutlich zu erkennen, daß die früher bestandenen Präsumtionen eines Geständnisses wegen Nichtbeantwortung der Thatsachen gänzlich vernichtet seyn und der Richter jedesmal vorerst noch den betreffenden Theil zur speciellen Beantwortung aufzufordern habe; dies ergiebt sich aus §. 289, 295, 338 ff., §. 364 der Prozeßordnung. Diese Bestim-

Digitized by Google

mungen passen auf alle prozessualischen Verhandlungen, also auch auf den Arrestprozeß, und es geht aus §. 693 der Prozeßordnung deutlich hervor, daß im Arrestprozesse das Nichterscheinen (also Nichtantworten) keine Bescheinigung abgiebt, indem ja dieser Paragraph den Kläger auffordert, trotz des Nichtantwortens des Beklagten seine Arrestgründe zu bescheinigen.

Abgesehen also davon, daß man das Stillschweigen über Behauptungen — zumal wenn man in praxi die Art der Aufnahme von Protokollen kennen gelernt hat — für keine wichtige, treffende und übereinstimmende Vermuthung im Sinne des L. R. S. 1353 halten kann, ist eine solche Vermuthung durch das Gesetz selbst in specie für unstatthaft erklärt.

Durch die Prozeßordnung wird aus dem Stillschweigen über im Prozesse behauptete Thatsachen eine gesetzliche Vermuthung im Sinne des L. R. S. 1350 in der Art begründet, daß es unwirksam seyn solle, und eine gesetzliche Präsumtion gilt jederzeit mehr, als eine so genannte gemeine Vermuthung, wenn beide im Widerspruche stehen sollten. — Wenn nun hienach nicht einmal die Erkennung des Personalarrestes gesetzlich sich rechtfertigen läßt, indem auch nicht das Anerbieten der Caution, sondern die Leistung der Caution (welche nicht erfolgte) nach §. 687 die Bescheinigung überflüssig macht, so möchte noch weniger die vom höchsten Gerichtshofe geschehene Bestätigung der amtlichen Verfügung: „daß der Arrest fortzubestehen habe, sich rechtfertigen lassen. Abgesehen davon, daß nach §. 693 der Prozeßordnung eine vollständige Bescheinigung des Arrestgrundes (der Personalarrestzuläßigkeit) vorliegen müßte (zumal da es sich um persönliche Freiheit handelte), konnte doch der höchste Gerichtshof aus dem Stillschweigen des Beklagten keine Vermuthung ziehen, wenn man auch eine Vermuthung daraus abzuleiten im Allgemeinen befugt wäre.

Denn bereits in der zweiten Instanz ward ausdrücklicher Widerspruch der nicht beantworteten Thatsachen eingelegt. In diesem Augenblicke fiel die Voraussetzung zur Vermuthung hinweg und existirte keine Vermuthung mehr für den Richter dritter Instanz *).

Das Hofgericht hatte in diesem Falle den Arrest aufgehoben. Um dem §. 694 der P. O. vorzubeugen, suchte des Klägers Anwalt einen Einhaltsbefehl beim Oberhofgerichtspräsidium nach. Dieses ertheilte einen solchen auf den Grund des §. 700 und 1149 der Prozeßordnung und erließ eine directe Weisung an den Richter erster Instanz: „den Arrest fürs Erste nicht aufzuheben."

Es fragt sich:

Stand dem damaligen Präsidenten das Recht zu, so wie geschehen, zu erkennen?

Die allegirten §§. 700 und 1149 der Prozeßordnung, worauf sich bezogen wurde, begründen weder ihrem Wortlaute, noch ihrem Zwecke nach diese Verfügung.

Der §. 700 spricht von der ersten Anlegung des Arrestes durch einen Gerichtshof.

Hier ist von einem bereits erlassenen Erkenntnisse eines Gerichtshofes die Rede.

Der §. 1149 spricht von der ersten Anlegung des Arrestes, und zwar bei einem Collegialgerichte erster Instanz.

Hier ist die Rede von einem Erkenntnisse der zweiten Instanz.

Der Zweck beider Paragraphen geht nicht dahin, dem Präsidenten eines Gerichtshofes das Recht einzuräumen, ein bereits erlassenes Arresterkenntniß provisorisch für unwirksam zu erklären, sondern es wollte ihm blos das Recht ertheilen, einen noch nicht angelegten, bei seinem Gerichtshofe nachgesuchten, Arrest provisorisch zu erkennen, was sich deutlich aus §. 1182 der Prozeßordnung ergiebt, wornach nur dem gesammten Obergerichte ein Provisorium, in Bezug auf bereits ergangene Erkenntnisse, eingeräumt ist.

In eben diese Sache hatte (wie in Nr. 29 dieser Blätter angeführt ist) des Klägers Anwalt sein Kostenverzeichniß nach Maßgabe der vierten Klasse angesetzt — obgleich der Anspruch seines Mandanten nur 873 fl. betrug — das Großherzogliche Hofgericht ermäßigte sein Deservit nach Maßgabe der dritten Klasse.

Auf ergriffene Beschwerde verfügte der höchste Gerichtshof:

„In Erwägung, daß bei dem Personalarreste nicht die zu sichernde Forderung, sondern die Sicherheit der Person, welche mit Arrest belegt werden soll, Hauptgegenstand des Streites ist," und

„in Erwägung, daß die persönliche Freiheit unschätzbares Gut ist, und folglich die Summe der vierten Classe erreicht, hat es bei dem Ansatze des Kostenverzeichnisses des Advocaten S. sein Bewenden zu behalten."

Hieraus können die badischen Richter den Maßstab entnehmen, nach welchem unschätzbare Güter in jure geschätzt werden.

Gernandt, O. G. Advokat.

*) Auf ähnliche Weise wurde vom höchsten Gerichtshofe J. S. Levi gegen Sickingen erkannt. — Der beklagte Theil hatte in der Duplik eine abschriftliche Urkunde vorgelegt, worüber der Kläger nicht mehr zur Erklärung aufgefordert war und auch sonst keine Veranlassung zur Erklärung hatte. Kläger gewann den Prozeß in erster Instanz. Der höchste Gerichtshof änderte aber dieses Erkenntniß zum Nachtheile des Klägers ab, und zwar lediglich auf den Grund der besagten abschriftlichen Urkunden, indem er in seinen Entscheidungsgründen aussprach: „In Erwägung, daß die von beklagter Seite vorgelegte Urkunde vom Kläger nicht widersprochen wurde ꝛc."

Digitized by Google

III.

Ueber die Behandlung der Begnadigungsbitten.

Durch das provisorische Gesetz vom 18. Febeuar 1836 ist der Recurs in Straffachen sehr eeleichtert worden, welches als ein Sieg der Humanität zu betrachten ist. Es wueden abee keine Bestimmungen über den bei Begnadigungsbitten zu beobachtenden Geschäftsgang gegeben, weshalb es nicht ganz übeeflüssig seyn dürfte, hierüber, vom peaktischen Standpunkte aus, Einiges zu bemerken.

Gnadengesuche werden entweder unmittelbar beim Landesheern, bei dem Großherzoglichen Justizministerium, bei den Hofgerichten, oder bei den Untersuchungsgerichten eingegeben. Im letzteren Falle darf sich wohl das Amt erlauben, dem Einbegleitungsberichte ein Gutachten über das Gesuch beizufügen; aber es geschieht gewöhnlich nicht, weil keine Voeschrift darüber besteht und im Dienste gar leicht unterlassen wird, was nicht als Pflicht auferlegt ist. Kommt das Gesuch bei dem vorgesetzten Hofgerichte ein, so werden in der Regel blos die Acten eingefordeet und dann mit gutachtlichem Berichte an das Justizministerium vorgelegt, welches in gleicher Weise Statt findet, wenn die Eingabe bei der letzteren Stelle gemacht wird und dieselbe eine beeichtliche Vorlage verlangt. Werden endlich die Gesuche Sr. Königl. Hoheit dem Großherzog zu Höchsteigenen Händen überreicht, so gehen sie dem Justizministerium entweder zur Erledigung oder zum Vortrag zu. In allen diesen Fällen wird nur ausnahmsweise das betreffende Amt zum Berichte aufgefordert, nämlich dann, wenn die Vorstellung Thatsachen enthält, deren Gehalt nicht sofort aus den Acten hervorgeht, und die Entscheidungen erfolgen dann auf den vor Großh. Justizministeeium eestatteten Vortrag.

Es ist unverkennbar, daß, besonders in neuerer Zeit, diese Begnadigungsbitten von dem hohen Ministerium eben so schleunig erledigt, als mit schätzbarer Umsicht gewürdigt werden. Dennoch aber kann der bescheidene Wunsch nicht unterdrückt werden, daß die Stimme der Bezirksämter hierbei mehr berücksichtigt werden möchte. Die Gründe nämlich, welche bei Begnadigungen hauptsächlich in Feage kommen, beruhen meistens auf den besonderen Personal- und Localverhältnissen, wobei die rechtlichen Gesichtspunkte zwar auch einee wiederholten Prüfung bedürfen, aber im Billigkeitswege nicht mehr für sich allein entschieden seyn können.

Darüber kann wohl kein Zweifel seyn, daß die Bezirksbeamten von jenen Verhältnissen immer am besten unterrichtet sind, oder doch wenigstens, vermöge ihres täglichen Verkehrs mit den Ortsbehörden, sehr leicht dazu gelangen können. Sie haben also auch einen natürlichen Beruf, die von einem Condemnaten vorgebrachten Billigkeitsgründe zu beurtheilen. Es kommt wohl hierbei jedesmal auf nachstehende Hauptmomente an und alle anderen Rücksichten sind diesen mehr oder weniger unterworfen.

1) Natureller und moralischer Standpunkt des Verbrechers. Ersteres muß sich im Verlaufe der Untersuchung, wenn auch Veestellungskünste gebraucht werden, immer so darlegen, daß ein aufmeeksamer Beobachter sagen kann, ob die Anlage gut oder böse, ob die Verderbtheit tiefe Wurzeln geschlagen habe, oder nicht; und eben so kann sich der Inquirent überzeugen, welche Elemente bei der Erziehung eingewirkt haben, ob der Hang zum Unrechten aus Mangel an guten Beispielen, oder aus vorherrschender Unlust an der Tugend entstanden sei.

2) Ursachen und Motive des Verbrechens. Hierüber ist zwar häufig nicht ins Klare zu kommen; aber doch erfährt der Inquirent immer mehr, als in die Acten gelegt werden kann. So oft Liebe, Eifersucht oder Geschlechtsbeziehungen anderer Art ins Spiel kommen, ist es schwer, eine juridische Gewißheit herzustellen, und dennoch entgeht dem Unteesuchungsrichter nicht, was die Welt darüber spricht. Hierher gehören auch die Fälle, wo Verführung, Leichtsinn, falsche Beurtheilung, thörichte Speculation auf den Entschluß eingewirkt haben.

3) Familien-, Standes- und Gewerbsverhältnisse. Eine krankhafte Sucht, reich zu werden, zu glänzen, eine Rolle zu spielen, oder auch der Ueberdruß, aem zu seyn, haben schon Manchen zum Verbrechen getrieben; haete Behandlung oder Unfeiede im Hause erzeugen oft einen Unmuth, der sich an der Außenwelt rächt. Diejenigen, die in der näheren Umgebung des Inculpaten leben, wissen dies Alles genau und hinterbringen es gern dem Beamten. Zuweilen teifft es sich auch, daß ein Vernetheilter eine Bildungsstufe einnimmt, die weit über die Sphäre seines Standes hinausgeht, weshalb ihm die Strafe doppelt empfindlich seyn muß.

4) Stimmung des Publicums. Hierauf scheint ein besonderes Gewicht zu legen zu seyn, indem der Landesherr gewiß nicht gern seine Gnade Jemandem verleiht, der den allgemeinen Unwillen auf sich gezogen hat, aber auch eben so wenig einen Andern davon ausschließen möchte, dem das Mitleiden, selbst edler Menschen, zu Theil wurde. Ueber diese Stimmung können die Centralstellen nie etwas Sicheres eefaheen, außer von den Untergerichten.

Es würde daher gewiß nue zur Beförderung der guten Sache beitragen, wenn das hohe Justizministerium befehlen wollte, daß über alle Begnadigungsbitten, oder doch wenigstens über solche, die sich nicht lediglich auf Rechtsgründe stützen, vor weiterer Entschließung, zunächst das Gutachten des Amtes eingeholt werden müsse, welches die Untersuchung geführet hat, und den Aemteen könnte dann überlassen werden, in einzelnen Fällen auch die Gemeinderäthe und Pfarrämter darüber zu hören.

Heidelberg. Ludw. von Jagemann.

Hauptredacteue: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 6. Karlsruhe den 11. Februar 1837.

I.

Ueber das abgekürzte Verfahren, in spec. die Nothwendigkeit der Beweisanticipation in demselben.

Gegen den Aufsatz III. in Nr. 48 der Annalen, Jahrgang 1836.

Zu den bestrittensten Materien der Prozeßordnung gehört wohl gewiß die Auslegung und Anwendung des §. 674, Nr. 3, 4 und 5, also namentlich die Beantwortung der Frage:

Welches procedere ist einzuhalten, wenn mit einem Angriffs- oder Vertheidigungsmittel in einem, zum abgekürzten Verfahren sich eignenden, Rechtsstreite die Beweisantretung nicht sogleich verbunden wird?

Bis jetzt hat sich eine feste Uebung der Gerichte hierüber nicht gebildet; sie schwankt vielmehr zwischen nachstehenden, in ihren Folgen höchst verschiedenen, Theorien:

I. Eine Klage ohne Beweisantretung wird, als unvollständig, angebrachtermaßen verworfen.

II. Die Klage wird mit gewöhnlicher Ladungsverfügung dem Beklagten mitgetheilt und Tagfahrt zur Verhandlung anberaumt, für den Fall des Widerspruches des Klaggrundes von Seiten des Beklagten dem Kläger aber eine kurze (Gnaden-) Frist zur nachträglichen Beweisantretung gegeben.

III. Die Klage wird wie Nr. II. mitgetheilt, für den Fall des Abläugnens der den Klaggrund formirenden Thatsachen von Seiten des Beklagten, in der Hauptsache endlich erkannt und der Kläger pure abgewiesen.

Ich versuche eine Prüfung dieser verschiedenen Theorien:

Gegen die sub I. aufgestellte spricht mit Entschiedenheit

1) die von der Redaction dieser Blätter im Jahrgang I. Seite 59 und 60 durchgeführte Behauptung, daß die Beweisantretung kein Bestandtheil der Klage sei. Diese ist bekanntlich als vollständig zu betrachten, wenn der historische Klaggrund so ausgeführt ist, daß die Schlußbitte — zusammengehalten mit dem Rechtsgrunde der Klage — als nothwendige Consequenz aus derselben abfließt.

Dazu gehört nun offenbar die Beweisantretung nicht. Es kann daher eine in der angegebenen Beziehung vollständige Klage angebrachtermaßen nicht verworfen werden.

2) Richtig ist auch schon früher, und namentlich wieder in den Annalen, Jahrg. IV, Nr. 48, Aufsatz III, bemerkt worden, daß, streng genommen, nur im schriftlichen Verfahren eine Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden kann. Dies geht aus der Stellung des §. 359 im achtzehnten Titel der Prozeßordnung (vom schriftlichen Verfahren) hervor und aus den §§. 247 und 248, welche für das mündliche Verfahren specielle Vorschriften darüber enthalten, wie von Seiten des Richters Unvollständigkeiten in der Klage zu begegnen ist.

Zu diesen Gründen kommt aber noch

3) daß die strenge Durchführung dieser Theorie den Kläger, welcher sich mit Beweismitteln nicht versehen hat und auf das Zugeständniß des Beklagten baut, in einen wahrhaft rechtlosen Zustand versetzen würde; denn er wird geradezu a limine judicii abgewiesen; seiner Klage wird keine weitere Berücksichtigung zu Theil, als die sofortige Abweisung, sie wird mit dem für ihn wenig trostreichen Zusatze „angebrachtermaßen" verworfen.

Auf jedesmaliges Wiederanbringen derselben müßte der Richter — da man keinen Beweis antreten kann, wenn man keine Beweismittel hat — dem Kläger erklären: „Ich kann keine Justiz administriren."

Und wie viele Fälle giebt es nicht, in welchen der Kläger sich zu seinem Gegner des Zugeständnisses der Klage versehen kann und nue Einreden zu gewärtigen hat.

Bei den meisten sogenannten Abrechnungsstreitigkeiten trifft dies zu.

Man bedenke ferner

4) daß für den Beklagten die gleichmäßige Verpflichtung existirt, auch für seine Einreden den Beweis sogleich anzutreten (P. O. §. 674, Nr. 4). Unterläßt er dieses, was soll dann geschehen? Soll am Ende gar der Beklagte mit seinen Einreden angebrachtermaßen abgewiesen und sofort verurtheilt werden?

Dies aber wäre eine nothwendige Consequenz aus der

Digitized by Google

angegebenen Theorie, da der §. 293 der Prozeßordnung sagt:

„Jede Einrede wird im Wesentlichen wie eine Klage behandelt und muß nach den, über den Vortrag der Klage gegebenen Bestimmungen vorgebracht werden."

(Reus excipiendo fit actor.)

Hält man die Beweisantretung für einen nothwendigen Bestandtheil der Klage im abgekürzten Verfahren, so muß sie dies auch für die Einrede seyn. Dies folgt klar aus obiger Gesetzesstelle und dem Grundsatze der Rechtsgleichheit der Parteien vor dem Richter.

Diese Theorie würde also ad absurdum führen.

Ich kann mich aber auch nicht zu der

sub II. bezeichneten bekennen, welche manche Anhänger in der Praxis und auch neuerlich ihren Vertheidiger in dem Aufsatze III. der Nr. 48 des IV. Jahrgangs dieser Blätter gefunden hat.

Hiernach soll der Richter gehalten seyn,

a) nicht nur den Kläger, dessen Klaggrund vom Beklagten widersprochen wurde, in der Tagfahrt auf die Nachtheile aufmerksam zu machen, welche aus der Unterlassung der Beweisantretung entspringen können, sondern er soll sogar

b) nöthigenfalls eine besondere Frist zur nachträglichen Beweisantretung demselben anberaumen.

Von selbst versteht es sich wohl, daß die Anhänger dieser Theorie das Recht, welches sie dem Kläger in Bezug auf den Klagvortrag zugestehen, auch dem Beklagten für den Einredevortrag u. s. w. zugestehen müssen.

Denkt man sich aber ein Beispiel einer solchen Prozedur im abgekürzten Verfahren, so wird sich schon hieraus die Unhaltbarkeit jener Ansicht nachweisen lassen:

A. klagt gegen B. 50 fl. aus einer Darleihe ein, ohne den Beweis darüber mit der Klage anzutreten. B. widerspricht, 50 fl. aus einer Darleihe von A. empfangen zu haben und schützt einwendend vor, daß er die fragliche Summe an den C., als dem von A. speciell zum Empfang des Geldes Bevollmächtigten, gezahlt habe. A. läugnet sodann den Grund dieser Einrede, wofür B. keinen Beweis angetreten hat, und behauptet replicando, daß zur Zeit der angeblichen Zahlung der behauptete Auftrag des C. von ihm, A., widerrufen und dieser Widerruf dem B. besonders notificirt worden sei. B. läugnet diese, gleichfalls mit keiner Beweisantretung versehene, Replik, ohne eine Duplik vorzutragen. Das Verfahren wäre hier folgendes:

Auf die erste, zur Vernehmlassung anberaumte, Tagfahrt wird dem Kläger und Beklagten aufgegeben, über die Klage resp. Einrede binnen kurzer Frist, bei Vermeidung des Ausschlusses, ihre Beweise anzutreten.

Dies wäre doch wohl nichts Anderes, als ein Beweiserkenntniß in Beschlußform, ohne specielle Normirung des Beweissatzes.

Wenn nun die beiden Parteien ihre Beweisantretungsschriften mündlich oder schriftlich eingebracht haben, so muß abermalige Tagfahrt anberaumt werden, um jede Partei über die Beweismittel der andern prozeßordnungsmäßig zu vernehmen und sie ihre etwaigen Beweiseinreden vortragen zu lassen.

Es entspinnt sich daher abermals ein, von den eigentlichen ersten Parteivorträgen abgesondertes, Verfahren über die Beweismittel — offenbar gegen Buchstaben und Geist der Prozeßordnung, welche dieses mit dem sogenannten ersten Verfahren verbunden wissen will.

Sind nun auf diese sehr zeitraubende und weitläufige Art die Klage und Vernehmlassung vervollständigt, so kommt es nun erst zum Vortrag der Repliken, und da nach dem oben gewählten Beispiele der Kläger für die Replik des Widerrufs der Vollmacht zur Empfangnahme des Geldes von Seiten des C. den Beweis abermals nicht beigebracht hat, so muß ihm wieder eine Frist zur Vervollständigung durch Nachtragung der Beweisantretung gegeben werden, nachdem zuvor Tagfahrt anberaumt werden mußte, um den Beklagten zu hören, ob er die Replik zugesteht oder widerspricht. Ist die Beweisantretung eingereicht, so muß der Beklagte dann abermals über die Beweismittel gehört werden.

Man denke sich hierbei, daß die Beweise beiderseits nicht nur mit einem, sondern mit mehreren Beweismitteln angetreten werden, so müßte eine große Verwirrung in der Instruction entstehen. Statt einem Beweiserkenntnisse hätte man drei, nur etwas anders geformte, und was der §. 674 der P. O. vermeiden will, nämlich ein gesondertes Beweisverfahren, müßte unvermeidlich eintreten.

Diese Theorie widerstreitet also schon im Allgemeinen dem Wesen des abgekürzten Verfahrens.

Die besonderen, im allegirten Aufsatze für dieselbe angeführten Gründe scheinen mir eben so wenig geeignet, sie zu unterstützen; denn

1) der Grund:

daß in der Prozeßordnung der Verlust des Rechts, als Folge der unterlassenen Beweisantretung der Klage, nirgends als Präjudiz angedroht sei und daß die Prozeßordnung die Androhung eines Rechtsnachtheils überall verlange,

beruht, in seiner Anwendung auf die vorwürfige Frage, auf einer Begriffsverwechselung.

Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen einem Rechtsnachtheile im eigentlichen Sinne, nämlich einer nachthei-

Digitized by Google

ligen Folge, welche einer Partei zugeht wegen Nichtbefolgung richterlicher Auflagen und einer vermöge dieser eintretenden *fictio juris* (z. B. Zugeständniß, Anerkennung von Urkunden), und zwischen den Folgen, welche sich als nothwendige Resultate der Anwendung der Gesetze auf einen einzelnen Fall überhaupt ergeben.

Wer seine, im Prozeßwege verfolgten, Ansprüche nicht beweist, wird abgewiesen, nicht in Folge gegen ihn erlassener und nicht befolgter richterlicher Präjudicialverfügungen, sondern weil das Gesetz vorschreibt, daß jede Partei ihre Anforderungen zu beweisen, und wer nicht bewiesen hat, abzuweisen sei.

Wenn nun mit der Klage der Beweis nicht angetreten ist und die Thatsachen derselben widersprochen wurden, so ist — da ein separates Beweisverfahren nicht eröffnet werden soll und von einer Vervollständigung der Klage durch Beweisantretung nicht die Rede seyn kann, weil diese zu jener gar nicht gehört — eben die Klage nicht bewiesen und es trifft den Kläger nicht das Präjudiz der Abweisung in Folge einer contumacia, sondern weil er den Richter von der Wahrheit seiner Ansprüche nicht nur nicht überzeugt, sondern nicht einmal in dem allein möglichen Stadium des Prozesses demselben die Mittel an die Hand gegeben hat, sich davon zu überzeugen.

2) Der weiter für diese Theorie aus §. 295 der Prozeßordnung hergenommene Grund scheint mir ebenfalls nicht zu passen.

Es liegt nämlich

a) der Prozeßordnung die Eventualmaxime zu Grunde (§. 291).

Damit nun diese im einzelnen Rechtsstreite gehörig durchgeführt werde und die Parteien alle ihre „Vertheidigungshandlungen" zugleich vortragen, ist dem Richter zur Pflicht gemacht, auf die Rechtsnachtheile des Unterlassens derselben aufmerksam zu machen.

Nun wird man doch zugeben müssen, daß eine Klage keine Vertheidigungshandlung, sondern im Gegentheil ein Angriff gegen den Beklagten ist. Das Gesetz verpflichtet aber den Richter nicht, die Parteien auf die Angriffshandlungen aufmerksam zu machen.

b) Ueberdies ist zwischen einer Vertheidigungshandlung, z. B. einer Einrede, und der Beweisantretung für dieselbe ein großer Unterschied.

Nur auf die Rechtsnachtheile des Unterlassens einer Vertheidigungshandlung selbst, nicht aber auch auf die der unterlassenen Beweisantretung, hat der Richter die Parteien Kraft seines Amtes aufmerksam zu machen. Von dem Letzteren aber steht nichts im Gesetze. Es existirt daher für ihn (wenn wohl das Recht) doch keine Verpflichtung.

3) Die Analogie von §. 864 darf nicht angewendet werden. Dies ist in der Redactionsnote **) schon nachgewiesen.

Singularia ad argumentum trahi non possunt.

4) Auch scheint mir ein weiterer und sehr erheblicher Grund gegen diese Theorie darin zu liegen, daß — wenn anders die Vertheidiger derselben consequent seyn wollen — sie den Kläger, welcher innerhalb der kurzen, unter dem Präjudiz des Ausschlusses gegebenen, Frist den Beweis nachträglich nicht antritt, gegen das, auf Anrufen des Beklagten zu erlassende, Urtheil in den vorigen Stand herstellen müssen, wenn er innerhalb 14 Tagen um die Wiederherstellung nachsucht und zugleich den Beweis antritt.

Das auf Anrufen des Beklagten ergangene Urtheil ist dann ein eigentliches Versäumungserkenntniß; denn der Kläger wurde ja nicht abgewiesen, weil er mit der Klage nicht sogleich den Beweis antrat, sondern zunächst, weil er der richterlichen Präjudicialauflage nicht in termino Genüge leistete.

Gegen jedes Versäumungserkenntniß ist aber die Wiederherstellung nach den Vorschriften des 30. Titels der Prozeßordnung zuläßig.

Augenscheinlich wäre daher der große Nachtheil für die prompte Erledigung der Prozesse im abgekürzten Verfahren.

Es bleibt also nur noch die sub III. bezeichnete Theorie übrig, welche ich allein für die richtige halte.

1) Entschieden spricht für sie der Umstand, daß bei ihr keine der mit den anderen Theorien verknüpften und wohl nicht zu beseitigenden Rechtswidrigkeiten eintritt und daß nach ihr allein ein mit den gesetzlichen Bestimmungen harmonirendes Verfahren eingehalten werden kann.

Nur dann nämlich, wenn zugleich mit jedem Vortrage der Partei die denselben unterstützenden Beweismittel vorgetragen werden, ist die Gegenpartei im Stande, in der anberaumt werdenden Tagfahrt nicht blos auf die Thatsachen in dem bezüglichen Vortrag, sondern auch auf die mit angetretenen Beweise zu antworten und etwaige Beweiseinreden vorzutragen, denn nur auf diese Weise wird sie durch die vorhergegangene Mittheilung in den Stand gesetzt, sich gehörig vorzubereiten; nur auf diese Weise läßt sich das thatsächliche Material mit jenem über die Beweismittel so verbinden, wie es die Prozeßordnung will, daß nämlich kein abgesondertes Beweisverfahren Statt finde.

2) Es liegt ein directes Gebot der Beweisanticipation

Digitized by Google

in dem §. 674, Nr. 3—5. Der Gesetzgeber hat also seinen bestimmten Willen dahin ausgesprochen, daß keine Beweisinstanz eröffnet werden soll, sondern das Beweisverfahren pari passu mit dem ersten Verfahren fortlaufe.

Den Parteien ist die Frist zum Vortrage ihrer Beweismittel im Gesetze bezeichnet, und der Richter nirgend ermächtigt, der Beweisanteetung im Verfahren eine andere Stelle anzuweisen, als das Gesetz ihm dieselbe zum Voraus schon angewiesen hat.

Das Gebot der Beweisanticipation schließt nothwendig, wenn es anders als solches wirksam bestehen soll, die Befugniß der Parteien aus, Beweise nachzuschieben, eben so aber das Recht des Richters, zu dieser Nachschiebung durch Gestattung von Gnadenfristen Veranlassung zu geben. Wo aber ein Recht des Richters hierzu nicht besteht, kann noch viel weniger eine Verpflichtung existiren.

Daß diese Theorie in manchen Fällen zu Härten führt, ist nicht zu läugnen. Wenn man aber bedenkt, daß jede Partei die Gesetze kennen soll (L. R. S. 1 b) und daß sie auch im ordentlichen Verfahren auf ergangenes Interlocut ihre Beweise doch sammeln muß, nur vielleicht über weniger Punkte, wenn man ferner erwägt, wie erfinderisch stets die Praxis ist, strengen Gesetzen auf erlaubte Weise eine milde Anwendung zu sichern, so wird sich der Vorwurf, daß diese Theorie das formelle Recht auf Kosten des materiellen zu sehr begünstige, wenn nicht ganz, doch zum großen Theile, heben lassen.

Wenn nämlich eine Klage mündlich beim Richter angebracht wird, so wird dieser den Kläger immer aufmerksam machen, zugleich den Beweis anzutreten und der Kläger selbst wird, wenn er mit seinen Beweismitteln nicht versehen ist, es vorziehen, an einem andern Gerichtstage zu erscheinen, um dann mit der Klage zugleich die Beweisantretung verbinden zu können.

Kömmt eine Klage schriftlich ein, so kann in der Verfügung, wodurch der Kläger Nachricht von der Ladung und der zur Verhandlung anberaumten Tagfahrt erhält, recht wohl ohne Verletzung einer prozessualischen Vorschrift oder des richterlichen Standpunkts bemerkt werden, daß man es dem Kläger überlassen müsse, den Beweis seiner Klage noch vor der Tagfahrt, jedenfalls aber so zeitig anzutreten, daß die nachträgliche Beweisantretung dem Beklagten noch zur gehörigen Zeit mit der geeigneten Verfügung behändigt werden kann, um in der schon anberaumten Tagfahrt sich darauf erklären zu können.

Bei manchem Gerichte besteht auch die Uebung, daß in der Ladungsverfügung beide Theile auf die Bestimmungen des §. 674, Nr. 3—5 der Prozeßordnung aufmerksam gemacht werden, so, daß wenn der Rechtsuchende aufmerksam seyn will, er sich vor schädlichen Unterlassungen hüten kann.

Sollte ferner der Beweis mit der Klage angetreten seyn, aber unvollständig, so muß dieser Mangel ohnedies von der Mittheilung der Klage gehoben werden.

Diese dritte Theorie ist daher in ihrer Anwendung nicht so hart, als es im ersten Augenblicke erscheinen möchte. Ueberhaupt könnte es sich darum, ob ein Gesetz hart ist, nicht mehr handeln, genug, daß es Gesetz ist.

Darin aber, daß die Legislation dem bisherigen Zustande baldmöglichst ein Ende machen und feste Bestimmungen über die oben bezeichnete bestrittene Frage gebe, bin ich vollkommen mit dem Einsender des mehr erwähnten Aufsatzes einverstanden, nur in Bezug auf die Mittel zur Abhülfe möchte ich nicht ein dem §. 864 der Prozeßordnung nachgebildetes Verfahren vorschlagen.

Man begünstige die Beweisanticipation im abgekürzten Verfahren, schreibe sie aber nicht als wesentlich nothwendig vor, so daß der Richter, wenn er es für nothwendig erachtet, mittelst eines Beweiserkenntnisses den Beweissatz feststellen kann; man belasse es bei den achttägigen Fristen, setze aber auch den Richter durch die Gerichtsorganisation in den Stand, sie einhalten zu können, was bis jetzt unmöglich war, man lasse im abgekürzten Verfahren die Restitutionen zur kurzen Hand nicht zu, oder beschränke zum wenigsten die Restitutionsfristen auf 8 Tage.

Nach solchen Vorschriften werden dann die Rechtsstreitigkeiten im abgekürzten Verfahren so schnell ihre Erledigung finden, als man es billigerweise von einer Prozeßgesetzgebung verlangen kann, deren erste Aufgabe immer die bleibt, den sichern Weg zur Auffindung des wahren Rechts im Einzelnen zu bahnen.

Dauert dann auch wegen etwaiger Eröffnung der Beweisinstanz ein Rechtsstreit einige Wochen länger, so ist doch immer eine um so größere Bürgschaft für das materielle Recht gegeben.

„Die Gerechtigkeit soll nicht auf Curierpferden durchreiten und nur den an ihr Theil nehmen lassen, der die flüchtige Gottheit zufällig bei den Flügeln faßt,"

sagt Griesinger (in seiner Schrift: über Justiz-Organisationen der neueren Zeit, S. 39) mit stets zu beherzigender Wahrheit.

Weizel,
Oberamts-Assessor in Bruchsal.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 7. Karlsruhe den 18. Februar 1837.

I.

Hofgericht Mannheim.

Ueber Erwerbung einer Servitut durch Widmung und Verjährung.

Fiscus gegen Hofmann.

Als der Handelsmann Hofmann in Mannheim ein, neben dem Zuchthause daselbst gelegenes, Gebäude sammt Hof erworben und in letzterem ein Nebengebäude aufgeführt hatte, begehrte der Großherzogl. Fiscus die Niederreißung dieses Nebengebäudes, weil durch dasselbe den Fenstern des zur Aufbewahrung der weiblichen Gefangenen im Zuchthause dienenden Locals das Licht benommen werde, dem Großh. Fiscus aber eine (hier durch die actio confessoria geltend gemachte) servitus luminum in der Art zustehe, Licht und Luft für die Anstalt durch die fraglichen Fenster auf Seite des angränzenden Grundstücks zu beziehen.

Es wurde behauptet, daß die Servitut

1) durch Widmung (destinatio patris familias) erworben worden sei, und in dieser Beziehung führte man in thatsächlicher Hinsicht an:

Das vom Beklagten gegenwärtig besessene, neben dem Zuchthause gelegene, Grundstück sei früher, gleichzeitig mit dem Zuchthause, fiscalisches Eigenthum gewesen; der Fiscus habe jenes Grundstück im Jahre 1802 veräußert; damals seien die oben erwähnten Fenster schon auf der Seite gegen das veräußerte Grundstück vorhanden, sie seien überdies schon früher vom Fiscus selbst angelegt und jederzeit dazu bestimmt gewesen, Licht und Luft aus der Luftsäule des anstoßenden und veräußerten Grundstücks in die betreffende Abtheilung der Anstalt einzulassen. Der betreffende Theil des Zuchthauslocals werde überdies ganz unbrauchbar, wenn die Fenster nicht mehr jener Bestimmung gemäß benutzt werden könnten.

Der Unterrichter erkannte die Klage, hauptsächlich aus Gründen des neuern Rechts, für unstatthaft.

Das Hofgericht, an welches die Sache im Wege der Appellation gebracht wurde, bestätigte das amtliche Erkenntniß.

Der passus concernens der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe lautete dahin:

In Erwägung, daß die behauptete Constituirung der fraglichen Servitut in die Zeit der Herrschaft des ältern Rechts fällt und der Kläger zur Begründung seines Anspruchs in rechtlicher Hinsicht sich auf

L. 10. D. de servit. praed. urb.,

L. 30. D. de usufructu, und

L. 1. §. 4 D. si ususfructus petatur,

berufen hat, welche besagen:

„Qui binas aedes habebat, si alteras legaverit, non dubium est, quin *haeres* alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium. Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione."

„Si quis binas aedes habeat, aliarum usumfructum legaverit, posse *haeredem* alteras altius tollendo obscurare luminibus, quoniam habitari potest, etiam obscuratis aedibus. Quod usque adeo temperandum est, ut non in totum aedes obscurentur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habuerit."

„Sed an et alias utilitates et servitutes ei praestare *haeres* debet, puta luminum et aquarum, an vero non? et puto, eas solas praestare compellendum, sine quibus omnino uti non potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas."

In Erwägung, daß nach diesen Gesetzesstellen allerdings in gewissen Fällen die stillschweigende Constituirung eines Lichtrechts bei Trennung zweier, vereint gewesener Grundstücke in der Art zuläßig ist, daß dem Eigenthümer des einen derselben die Last auferlegt wird, dem Eigenthümer des andern das nothdürftige Licht nicht zu entziehen;

daß jedoch jene sämmtlichen Gesetzesstellen, wie deren

Digitized by Google

mitgetheilter Wortlaut besagt, nur von dem Falle handeln, wenn ein Grundstück (Gebäude) legiet worden ist, das des Lichts ꝛc. von der Seite desjenigen Grundstücks bedarf, welches in die Hände des Erben des Testators fällt; daß dagegen von dem umgekehrten Falle, wenn nämlich das dem Erben verbleibende Gebäude des Lichts von der Seite des legirten Grundstücks bedarf, nirgends die Rede ist, und die Gesetze daher, wohl nur in der präsumirten Absicht des Testators: den Werth des Legats nicht allzusehr verringert zu sehen (wie namentlich aus den Worten: „eas solas praestare, sine quibus omnino uti non potest," hervorgeht), dem Legatar das fragliche Recht gegen den Erben, resp. an dessen Grundstücke, einräumen.

In Erwägung, daß das ältere Recht in

L. 13. §. 1 D. communia praediorum,

L. 9 C. de servitut.,

den allgemeinen Grundsatz anerkennt, daß die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums von Servituten streite, daher schon deshalb die oben allegirten Gesetzesstellen, wenn sie selbst (nach Ansicht vieler Rechtslehrer) jedem Erwerber zur Seite stehen sollten, doch niemals so weit ausgedehnt werden dürften, daß das stillschweigende Entstehen einer Servitut durch eine so genannte Widmung sogar zu Gunsten des Veräußerers einer Liegenschaft für eine, in dessen Eigenthum verbliebene, andere Liegenschaft angenommen werden könne, da der Letztere nicht in der Lage des Legatars sich befindet, sondern nach Maßgabe der Kenntniß seines Bedarfs diejenigen Berechtigungen, welche er sich auf dem zu veräußernden Boden aneignen zu müssen glaubt und aneignen will, schon bei der Veräußerung vertragsmäßig festsetzen kann.

In weiterer Erwägung, daß für die Richtigkeit dieser Ansicht auch andere Gesetzesstellen, namentlich

L. 7. und L. 10 D. communia praediorum,

sich klar aussprechen, indem sie besagen:

„In *tradendis* unis aedibus ab eo, qui binas habet, *species servitutis* exprimenda est."

„*Quidquid venditor*, servitutis nomine recipere vult, *nominatim* recipi oportet: Nam illa generalis receptis: „„quibus servitus utique est,"" ad extraneos pertinet, ipsi nihil prospicit venditori, ad jura ejus conservanda, *nulla enim habuit*, quia nemo ipse sibi servitutem debet etc."

Daß also aus diesen Gesetzen überdies noch sich ergiebt, daß nicht einmal ein allgemeiner oder unbestimmter Vorbehalt einer Servitut durch den Verkäufer eine solche dem verkauften Grundstücke auferlegen kann, sondern eine jede Servitut (und somit auch die servitus luminum) bei Veräußerung eines Grundstücks auf demselben sich ganz speciell vorbehalten seyn müßte; daß folglich die Klage, so weit sie auf den Erwerb durch Widmung sich stützt, nach dem hier maßgebenden ältern Rechte als unbegründet erscheint.

Nebstdem war

2) die Klage auf die Verjährung gegründet und unter Anderem behauptet worden, die fraglichen, im Zuchthausgebäude befindlichen, Fenster gegen das Grundstück des Nachbars, welche geöffnet werden könnten, seien das Merkmal einer offenen selbstständigen Dienstbarkeit, die Erwerbung einer solchen Dienstbarkeit durch Verjährung sei gesetzlich zulässig und die zur Verjährung erforderliche Zeit vor Erhebung der Klage längst umflossen gewesen. —

Der Unterrichter hatte auch in dieser Beziehung die Klage abgewiesen. Bei der hofgerichtlichen Deliberation über das ergriffene Rechtsmittel ergab sich eine sehr wesentliche Meinungsverschiedenheit.

Der hofgerichtliche Respicient (die Minorität) hielt die Klage für unbegründet:

In Erwägung:

1) Daß zwar L. R. S. 689 „Fenster" als Merkmal einer offenen Dienstbarkeit erwähnt, jedoch derjenigen Gerechtigkeit nicht weiter und nicht speciell gedenkt, welche durch jenes äußere Merkmal angedeutet werden soll;

2) daß schon das Recht, in einem an das Nachbargut angränzenden Gebäude Fenster nach jenem Gute anzulegen, eine Dienstgerechtigkeit ist (L. R. S. 676), welche sich durch äußere Anlagen, wie die erwähnten, ankündigen muß; — daß aber der L. R. S. 544 a. für die Beschränkung jeder Servitut in deren engstem Sinne sich ausspricht; aus äußeren Merkmalen, aus deren Daseyn eine Dienstgerechtigkeit geschlossen werden könnte, daher immer nur diejenige gefolgert werden dürfte, welche den Belasteten am wenigsten in seinen Eigenthumsrechten stört;

3) daß auch aus dem alleinigen Vorhandenseyn von Fenstern, welche eine Servitut darstellen, sich die Nothwendigkeit nicht ergeben würde, daß der Nachbar, außer der Verbindlichkeit, die Fenster zu dulden, noch die weit schwerere Verpflichtung auf seinem Grundstücke erhalten habe — auf diesem keinen (den fraglichen Fenstern das Licht entziehenden) Bau zu unternehmen;

4) daß vielmehr der, mit dem ersten Absatze des L. R. S. 689 in engster Verbindung stehende, zweite Absatz desselben Satzes gerade die Pflicht: „Auf einem Grundstücke kein Gebäude zu errichten oder nicht über eine bestimmte Höhe zu bauen," für eine verborgene Dienstbarkeit erklärt, und daß hierbei nicht unterschieden wird, ob der zu unterlassende Bau nahe oder fern von dem angeblich hereschenden Grundstücke errichtet

Digitized by Google

werden soll, daß daher, bei dem ganz generellen Ausspruche des Gesetzes, das Verbot, auf irgend einer beliebigen Stelle des angeblich dienenden Grundstücks (nahe oder fern von dem angeblich herrschenden Grundstücke) zu bauen, unter den Begeiff einer verborgenen Dienstbarkeit fallen müßte;

5) daß somit im vorliegenden Falle die Servitut, welche der Kläger anspricht, nur in so weit sie sich auf die Foetdauer der Fenster erstreckte, als offene, so weit sie aber dem Beklagten die Beschränkung in Ausübung seiner Eigenthumsrecht durch das Verbot der Errichtung eines Gebäudes auferlegen sollte, als eine verborgene Dienstbarkeit anzusehen wäre, welche letztere unter Herrschaft des Landrechts (L. R. S. 691) nicht durch Verjäheung erworben werden konnte;

6) in Erwägung, daß, da die unter der Herrschaft des ältern Rechts begonnene Verjäheungszeit *) vor Publication des Landrechts nicht umlaufen war, deren Ablauf für immer unterbrochen ist (L. R. S. 2 b) und jetzt um so weniger Platz greifen würde, als dieselbe überhaupt nur darauf sich gründen könnte, daß während der zu ihrer Vollendung erfoederlichen Zeit vom Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstücks nichts unternommen wurde, um die Benutzung der fraglichen Fenster zu hindern, die Vornahme oder Unterlassung eines Baues auf dem angeblich dienenden Grundstücke aber immer eine res merae facultatis wäre, hinsichtlich welcher nach L. R. S. 2232 a. eine Verjährung unzuläßig ist.

Die Majorität glaubte jedoch, daß die Frage: ob eine offene oder verborgene Dienstbarkeit als vorhanden angenommen werden könne, ob daher die Erwerbung durch Verjährung habe eintreten können, oder nicht, hauptsächlich von der Beschaffenheit der Fenster abhänge; sie ordnete daher hierüber einen Augenschein unter Zuzug von Experten an und beschloß zugleich, den schon früher vom Kläger angetretenen Beweis des Daseyns der Fenster in ihrem jetzigen Zustande während der zur Verjährung erforderlichen Zeit erheben zu lassen.

Die hierfür geltend gemachten, vom Respicienten zusammengestellten, Entscheidungsgründe lauteten also:

In Erwägung:

1) Daß das angesprochene Lichtrecht als selbstständige Dienstbarkeit erscheint, da unter Dienstbarkeiten dieser Gattung nach L. R. S. 688 die Aussicht begriffen wird, welche noch eine größere Berechtigung, als die Kläger'scher Seits behauptete, in sich begreift;

2) daß, wenn gleich im L. R. S. 689 das Daseyn von Fenstern als Merkmal einer offenen, dem Nachbargute aufliegenden, Servitut ganz allgemein bezeichnet wird, im gegenwärtigen Falle daraus noch nicht gerade auf die Existenz des, Kläger'scher Seits geltend gemachten, Rechts geschlossen werden müßte, da auch die im L. R. S. 676 erwähnte Berechtigung sich durch Fenster ankündigt;

3) daß jedoch die im Satze 776 aufgeführte Dienstbarkeit aus dem Gesetze und die vom Kläger angesprochene, angeblich durch Verjährung erworbene, Gerechtigkeit in den, zu ihrer Benutzung dienenden, Anlagen wieder darin verschieden sind, daß bei jener gesetzlichen Servitut nur vergitterte, nicht zu öffnende, Fenster vorhanden seyn dürfen, während die im vorliegenden Rechtsstreite oft erwähnten Fenster, nach des Klägers Behauptung, geöffnet werden können;

4) daß aber, wenn dieses der Fall ist, hieraus nicht allein das Recht, Fenster nach dem Nachbargute zu besitzen, sondern auch durch die fragliche Beschaffenheit der Fenster die Bestimmung derselben — durch deren Oeffnung zur Aufnahme von Licht und Luft benutzt zu werden — angekündigt seyn würde; daß also

5) da die Anlage von Fenstern überhaupt als Merkmal einer offenen Servitut vom Gesetze erklärt ist, bei dem Daseyn solcher Fenster, welche geöffnet werden können, auch die vom Kläger angesprochene Gerechtigkeit als eine offene angesehen werden müßte;

6) daß diese Annahme die Bestimmung des L. R. S. 689 im Absatz 2, welcher das Verbot, höher zu bauen und auf einem Grundstücke ein Gebäude zu errichten, als eine verborgene Dienstbarkeit bezeichnet, nicht entgegen steht, da der Kläger nicht begehet, daß dem Beklagten das Bauen überhaupt untersagt werde, sondern sein Verlangen sich darauf beschränkt, daß Beklagter nur auf einem Theile seines Grundes und Bodens kein Gebäude errichte, damit jenes angeblich erworbene Recht nicht völlig vereitelt werde, wobei dem Richter die Bestimmung des betreffenden Raumes überlassen bleibt;

7) daß seit 1802, in welchem Jahre das Gut des Beklagten aufgehört haben soll, fiscalisches Eigenthum zu seyn, wirklich mehr als 30 Jahre verflossen sind, daß Kläger aber bei dem Widerspruche der betreffenden thatsächlichen Behauptungen durch den Beklagten nach L. R. S. 2219 a. zu beweisen hätte, daß er während jener Zeitperiode das fragliche Recht ausgeübt habe, und dieser Beweis dadurch geführt werden kann, daß dargethan wird, daß die frag-

*) Sie konnte erst mit der Veräußerung des jetzt als dienend bezeichneten Grundstücks durch den Fiscus beginnen, quia nemo ipse sibi servitutem debet (Lio D. communia praediorum), welche Veräußerung, nach einer Behauptung des Klägers, im Jahre 1802 geschah, und von wo an bis zur Publication des neuen badischen Landrechts die in Theil II. Titel 21, §. 2. Abs. 1 des pfälzischen Landrechts bestimmte Verjährungszeit von 10 Jahren noch nicht abgelaufen war.

Digitized by Google

lichen Fenster in dem beschriebenen Zustande (nämlich mit der Einrichtung zum Oeffnen), in welchem sie sich jetzt befinden sollen, schon im Jahre 1802 sich befunden haben;

8) daß dieser Beweis durch Berufen auf Zeugen ordnungsmäßig angetreten wurde und der Zeugenbeweis unzweifelhaft zulässig ist;

9) daß die Beschaffenheit der fraglichen Fenster übrigens noch nicht actenmäßig außer Zweifel gesetzt ist, es aber zur Aufklärung der Sache unumgänglich nöthig ist, jene zu kennen, und in diesem Falle der Richter befugt ist, an dem Streitobjecte unter Zuzug von Sachverständigen einen Augenschein von Amtswegen einzunehmen (P. O. §§. 540, 554, 559) ꝛc. *) Kirn.

II.

Beitrag zur Erläuterung des §. 938 der Pr. O.

A. klagte bei dem Landamte K. eine Forderung gegen B. ein, mit welcher sein Vater in der Gant des B. durchgefallen war. Der Vater des A., welcher ebenfalls in Vermögenszerfall gerathen war, hatte diese Foederung seinem Sohne an Zahlungsstatt abgetreten.

B. beanstandete die Gültigkeit der Cession und behauptete, daß er auch deshalb nicht belangt werden könne, weil er noch nicht zu Vermögen gekommen sei.

Auf diese letztere Thatsache nahm der Unterrichter keine Rücksicht, weil er sie als eine bloße Vollstreckungsfrage betrachtete, und B. unterlag im amtlichen Urtheile.

B. appellirte dagegen, und das Endurtheil ist im zweiten Rechtszuge noch nicht erfolgt. Wohl aber läßt sich die entgegengesetzte Ansicht aus dem unter dem 19. Dezember v. J. ergangenen Beweisurtheile abnehmen, worin dem Kläger der Beweis dahin auferlegt wird:

> „Daß der Beklagte wieder in der Art zu Vermögen gekommen sei, daß er die eingeklagte Forderung, ohne daß dadurch für ihn und seine Familie der nöthige Unterhalt geschmälert werde, bezahlen könne,"

wobei der Oberrichter von den Erwägungen ausgieng:

Daß der Beklagte, mit seiner Forderung in der früheren Gant des Beklagten in Verlust gerathen, die jetzt vorliegende Klage auf die Thatsache stützt, daß der Beklagte wieder in der Art zu Vermögen gekommen sei, wie §. 938 der Pr. O. bestimmt, um dem durch die Gantmasse selbst nicht befriedigten Gläubiger zu gestatten, seine Ansprüche aufs Neue gegen den Schuldner zu betreiben;

daß der Beklagte zugiebt, daß die eingeklagte Forderung in seiner Gant in Verlust gerathen sei, dagegen widerspricht, daß er in die vom Kläger behaupteten besseren Vermögensverhältnisse gekommen sei, daß also nach §. 400 der Pr. O. dem Kläger der Beweis der widersprochenen, seiner Klage zu Grunde liegenden, Thatsache obliegt, daß aber der Untergerichter diese Thatsache noch gar nicht zum Beweis ausgesetzt hat u. s. w.

Hiernach wird also das Vorhandensein des hinreichenden Vermögens zum Klaggrunde gezählt und die Möglichkeit, zu klagen, ist dadurch bedingt.

Mit dieser Ansicht, obwohl sie in der Praxis die herrschende ist, kann ich mich nicht befreunden, und erlaube mir daher, meine abweichende Meinung hier näher zu entwickeln.

Der Kläger, welcher einen Anspruch im Wege des Civilprozesses geltend macht, hat einen zweifachen Zweck vor Augen: Er will eine Forderung, welche der Gegner beanstandet, richterlich festgestellt wissen, und verlangt nöthigen Falls den Arm der Gerechtigkeit, um den widerstrebenden Gegner zur Zahlung zu zwingen. Die erstere Frage nimmt allein die civilrichterliche Thätigkeit, in der strengeren Bedeutung des Worts, in Anspruch; denn das Amt des Civilrichters ist die Entscheidung über streitige Privatrechtsverhältnisse. Wenn aber der Krieg Rechtens im rechtskräftigen Urtheile seinen Friedenschluß erhalten hat, so ist die richterliche Thätigkeit zu Ende und die Vollstreckung des Urtheils ist eine mehr polizeiliche Thätigkeit der Staatsgewalt. Deshalb hat auch das französische Recht consequenter dem Richter die Leitung des Gerichtszugriffs abgenommen und einer eigenen Behörde zugewiesen.

Bei der ersten Frage, wo es sich um das „Sein oder nicht Sein" handelt, kommt es noch auf den Umstand, ob Beklagter Zahlungsmittel hat, gar nicht an. Es kann einem Privaten anstehen, sein Recht durch Urtheil festzustellen, auch wenn er keine Aussicht auf Zahlung sieht, ja selbst wenn er die Absicht hat, dem Gegner die Schuld zu erlassen. Der Staat ist verpflichtet, dem Bürger zur Constatirung seiner Rechte die Gerichtssäle zu öffnen, und kann sie nicht aus dem Grunde verschließen, weil etwa der Verpflichtete keine paraten Zahlungsmittel hat.

Es tritt aber noch ein weiterer Umstand hinzu, welcher dies wohl außer Zweifel setzt. Der Bürger ist genöthigt, seine Rechte innerhalb einer bestimmten Zeit geltend zu machen. Die römische Lehre von der Verjährung, welche sich aus der alten usus auctoritas und der eigenthümlichen Natur des Honorarrechts gegen die Grundsätze einer ireigen Gerechtigkeit entwickelte, ist, wie in alle Gesetzbücher, so auch in den Code Napoleon, übergegangen, ja sie hat hier noch eine weit größere Strenge erhalten. Wenn man hienach den Bürger zwingen will, ein Recht, das bald verjähren wird, wegen Insolvenz des Gegners nicht zu betreiben, so ist derselbe in vielen Fällen rechtlos, und der

*) Die Schlußverhandlungen über das Resultat des Augenscheins und der Beweiserhebung sind noch nicht gepflogen.

Digitized by Google

leichtsinnige Verschwender triumphirt auf Kosten des sorgsamen Haushälters. Man würde dem Glauben an die Gerechtigkeit einen harten Stoß versetzen, wenn man dem schlichten Rechtsgefühle eines Landmannes folgendes Raisonnement vorhielte: Wenn du deinen Pachtzins vor Ende dieses Jahres nicht einklagst, so ist er verjährt und dein Recht verloren, wenn du ihn aber einklagst, so wirst du abgewiesen, weil dein Gegner kein Vermögen hat!

Auch für den Beweis ist die Zeit der Einklagung von Bedeutung. Für den Zeugenbeweis giebt die Abhör zum ewigen Gedächtniß ein, wiewohl dürftiges, Auskunftsmittel, aber auch die übrigen Beweismittel können durch einen langen Nichtgebrauch vernichtet oder bedeutend erschwert werden.

Und warum sollte gegenüber einem Gantschuldner der Bürger allen diesen Fährlichkeiten ausgesetzt werden? Etwa damit der Gantschuldner, wenn er die Plage des Gantverfahrens überstanden hat, nicht weiter unnöthigen Vexationen ausgesetzt ist? Dies ist in Wahrheit nicht der Fall. Der arme Gantschuldner kann nach §. 160 der Pr. O. zum Armenrechte zugelassen werden, er kann nach §. 163 der Pr. O. sich einen Armenanwalt erbitten, und hat dann von den Verhandlungen des Rechtsstreites nicht die mindeste Beschwerde.

Ist aber die Sache liquid und will der Gläubiger den Vollstreckungsweg betreten, *dann erst* kommt die Frage über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners in Betracht, und *dann erst* erscheint das Gebot billig, daß erst hinreichende Mittel zur Befriedigung nachgewiesen werden, damit dem gedrängten Schuldner nicht jede Erholung abgeschnitten werde.

Nur in diesem Sinne kann, wie ich glaube, der §. 938 der Pr. O. verstanden werden. Dieser Paragraph lautet wörtlich also:

> „Gelangt der Schuldner nach der Zeit, da die Gantmasse in Gemäßheit des §. 935 für vertheilt gilt, wieder zu Vermögen, so können diejenigen Gläubiger, welche sich bei der früheren Gant nicht gemeldet und eben so diejenigen, welche keine, oder nur unvollständige, Befriedigung erhalten haben, ihre Ansprüche aufs Neue gegen denselben *geltend machen*."
>
> „Mit dem später erlangten Vermögen kann jedoch der Schuldner von den früheren Gläubigern nur dann und in so weit in Anspruch genommen werden, als dadurch der nöthige Unterhalt für ihn und seine Familie nicht geschmälert wird."

Der erste Absatz dieses Paragraphen scheint zwar nach seinem Wortlaute die entgegengesetzte Ansicht zu rechtfertigen, weil er von dem wieder erlangten Vermögen die *Geltendmachung* der Forderung abhängig macht. Aber wenn man auf den Geist des Gesetzes zurückgeht (und diese Hermeneutik wird immer zu einer frischeren Praxis führen, als spitzfindiges Festhalten an der grammatikalischen Bedeutung des todten Wortes!) und wenn man namentlich den zweiten Absatz des Paragraphen mit Aufmerksamkeit liest, so wird man meines Bedünkens doch der hier entwickelten Ansicht den Vorzug geben müssen.

Die etwas zweideutige Redaction dieses Paragraphen findet ihre Entschuldigung, wenn man die Mehrzahl der Fälle betrachtet, wie sie im Leben vorkommen. Gewöhnlich liquidiren alle Gläubiger in der Gant, und nach der Vergantung hütet sich jeder, dem Gemeinschuldner Credit zu geben. Somit werden in der Regel nur vollzugsreife Ansprüche vorkommen, in Bezug auf welche der §. 938 dann seine volle Bedeutung hat, eben weil jedes weitere Anrufen nur die Beschreibung des Vollstreckungsweges ist.

Es sind aber nach beendigter Gant folgende Fälle denkbar:

1) Es wird ein Anspruch geltend gemacht, worüber im Ganturtheil bereits entschieden ist.

2) Es wird eine spätere oder eine frühere nicht liquidirte Forderung eingeklagt, die aber auf einer öffentlichen Urkunde u. a. in der Art beruht, daß ein unbedingter Befehl erlassen werden kann.

3) Es wird eine bereits liquidirte und abgeurtheilte Forderung eingeklagt, welche aber durch Uebergang auf einen Dritten, oder aus anderen Gründen wieder bestrittene Punkte darbietet.

4) Endlich es wird eine frühere oder spätere (wenn man auch hierauf den §. 938 ausdehnen will!) *) noch gar nicht verhandelte illiquide Forderung eingeklagt.

In den beiden ersten Fällen handelt es sich lediglich um eine Vollstreckungsfrage, und der Gläubiger wird seine Ansprüche nicht anders betreiben können, als wenn er das nach §. 938 der Pr. O. nöthige Vermögen seines Schuldners nachweist. In dem dritten und vierten Falle aber handelt es sich zunächst um die richterliche Entscheidung über bestrittene Rechte, und hier kann und darf der Richter die Verhandlung und Entscheidung dieses Rechtsstreites nicht verweigern. *Wilhelm Brauer.*

III.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall zur Erläuterung der Frage, welche Urtheile das Vollstreckungsverfahren begründen.

Nachdem zufolge des merkwürdigen, in Nr. 38, IV. dieser Zeitschrift mitgetheilten, Urtheils vom Großh. Oberhofgericht ausgesprochen worden war:

*) Forderungen, die erst nach der Gant entstanden sind, unterliegen nach dem Wortlaute des §. 938 der Pr. O. nicht jener Beschränkung. W. Br.

Digitized by Google

„Daß der zwischen den streitenden Parteien abgeschlossene Heirathsvertrag wegen Mangels der Förmlichkeiten für nichtig zu erklären, daher auf die durch die Ehescheidung erfolgte Auflösung ihrer Ehe die Vermögensabsonderung nach den Regeln der gesetzlichen Fahrniß-gemeinschaft vorzunehmen und der hiernach der geschiedenen Ehefrau zufallende Vermögenstheil derselben vom Beklagten auszuliefern seie,"

suchte nunmehr die abgeschiedene Ehefrau in einer Eingabe vom 29. August um Einleitung des Urtheilsvollstreckungsverfahrens und um die in Folge dessen an das Amtsrevisorat zu erlassenden Verfügungen wegen Vornahme der Inventarisation und Obsignation nach. Ohne weiters den Beklagten zu hören, erließ auch das Stadtamt Karlsruhe an das Amtsrevisorat die Weisung, die Inventur vorzunehmen und die Vermögensabtheilung zu vollziehen, und als der Beklagte von dem Amtsrevisorat dagegen Einsprache erhob und Abgabe seiner Einsprache an das Stadtamt verlangte, verwarf dieses seine Einsprache und ertheilte auch der dagegen ergriffenen Appellation keinen suspensiven Effect, indem es in den Entscheidungsgründen mehrfach seine Ansicht aussprach, daß sich die Sache im Vollstreckungsverfahren befinde, worin nur Beschwerdeführungen über die Vollstreckungshandlungen, nicht aber Appellationen, zulässig seien.

Auf die dahier zugelassene und ausgeführte Appellation ward aber erkannt:

„Daß die Decrete des Stadtamts Karlsruhe vom 17. September, 22. und 29. October aufzuheben seien und der Klägerin Appellantin überlassen bleibe, die ihr in Folge des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 18. August d. J. zustehenden Vermögensansprüche vor dem Richter auf dem rechtsbehörigen Wege zu liquidiren, und um die dazu nothwendigen vorbereitenden Maßregeln den Richter rechtsbehörig anzusuchen."

Die Entscheidungsgründe lauteten:

Es ist nicht zu bestreiten, daß die Klägerin Appellantin in ihrer Eingabe vom 29. August die Einleitung des Vollstreckungsverfahrens des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 18. August verlangt, und eben so wenig ist es zu bestreiten, daß der Unterrichter in seinem Decrete vom 17. September das Urtheilsvollstreckungsverfahren eröffnete und zuließ, solches auch in allen seinen späteren Decreten vom 22. und 29. October überhaupt als Weg des zwischen den streitenden Theilen bestehenden Verfahrens aufrecht erhielt. Beklagter Appellant bestreitet dagegen die Zulässigkeit des Urtheilsvollstreckungsverfahrens an sich.

Untersucht man nun das Wesen und den Inhalt desselben, so ist es als die Sammlung der Vorschriften über die richterliche Hülfe zu erkennen, welche den in einem Rechtsstreite Unterlegenen zur Leistung dessen anhält und zwingt, wozu er verurtheilt worden ist. Eben deshalb ist zur Begründung und Aussprache des richterlichen Vollstreckungsverfahrens auf das Unbedingteste erforderlich, daß durch rechtskräftiges Urtheil nicht nur ausgesprochen ist, daß der Vollstreckungsbeklagte dem Vollstreckungskläger etwas zu leisten (oder zuzulassen) hat, sondern es muß auch in allen Theilen festgesetzt und richtig gestellt seyn, was, wie und wie viel er zu leisten und zuzulassen hat.

Betrachtet man aber das oberhofgerichtliche Urtheil, so spricht solches nur aus, daß der zwischen den streitenden Parteien geschlossene Heirathsvertrag für nichtig erklärt wird und in Folge dessen nach der dadurch eintretenden Fahrnißgemeinschaft die Vermögensabsonderung vorzunehmen seie, was aber in Folge dessen der Beklagte der Klägerin zu leisten, wie viel er ihr in Geld und Fahrnissen auszufolgen hat, ist im oberhofgerichtlichen Urtheile nicht ausgesprochen, und in sofern nun nach dem Decret vom 17. September im Vollstreckungswege der Klägerin durch das Amtsrevisorat eine bestimmte Summe des Vermögens ausgemittelt und zugeschieden werden soll, so ist darüber nichts urtheilmäßig festgestellt, also auch nichts Urtheilmäßiges zu vollstrecken. Es ist jetzt bestritten, ob durch das oberhofgerichtliche Urtheil der Klägerin die Hälfte des Vermögens schon zugesprochen ist, und diese bestrittene Frage kann doch nicht im Vollstreckungsverfahren entschieden werden. Gar nicht zu läugnen ist es, daß wenigstens nicht ausgesprochen ist, was zur Fahrnißgemeinschaft gehöret, und wie viel also der Klägerin gebührt, und da dieses noch unentschiedene Fragen darüber sind, wie viel der Beklagte der Klägerin zu leisten hat, und nicht, wodurch er es zu leisten hat, so kann von einem Vollstreckungsverfahren über das nur die Frage an entscheidende oberhofgerichtliche Urtheil um so weniger eine Rede seyn, als dasselbe durch Nichtbestimmung der im §. 944 der Pr. O. vorgeschriebenen Frist zur Folgeleistung selbst anerkennt, daß es kein, den ganzen strittigen Rechtsstand der Parteien entscheidendes, also zu vollstreckendes, Urtheil ist.

So wenig im Fall eines Urtheils, welches ein Testament für nichtig erklärt und in Folge dessen die Intestaterbfolge vorschreibt, nunmehr die Erbtheilung im Urtheilsvollstreckungswege vorgenommen, und die darin vorkommenden Fragen über die Erbtheile und ihre quantitativen Größen nach den Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens etwa mittelst der darin zulässigen Beschwerdeführungen entschieden werden können, eben so wenig hat hier die Vermögensbeschreibung und Zutheilung im Vollstreckungswege zu geschehen. Es tritt hierin die bekannte Rechtsvorkommen-

Digitized by Google

heit ein, daß ein Urtheil wie das oberhofgerichtliche, nur die Frage über die Rechte und ihre Beständigkeit unter den Parteien an sich entscheidet. Allein um diese Rechte in ihrer Quantität darzustellen, muß der Berechtigte ein besonderes auch abgekürztes Liquidationsverfahren einleiten. Wenn aber die Klägerin zur Einleitung dieses Liquidationsverfahrens einer Inventur des Vermögens als vorbereitende Maßregel bedarf, so muß sie darum vor dem Richter anstehen und kann solches abermals auf einem schnellen rechtsbehörigen Wege alsbald erreichen, sie kann aber nicht verlangen, daß diese Inventur als eine Urtheilsvollstreckungsmaßregel da angeordnet werde, wo kein Urtheil vorliegt, welches nach vorhergegangenem Streite ihr ein Recht der Inventarisation zuweist und zuspricht.

Aus diesen Gründen war die erbetene und erkannte Urtheilsvollstreckung im Gesetze nicht begründet, und da es dem Richter nicht zusteht, für sich die Bitten der Parteien und den von ihnen zu deren Geltendmachung eingeschlagenen Weg abzuändern und über etwas zu erkennen, warum nicht gebeten wurde, so mußten die, eine Urtheilsvollstreckung enthaltenden, Decrete des Stadtamtes Karlsruhe aufgehoben und der Klägerin das Betreten des rechtsbehörigen Wegs überlassen werden.

Schließlich bemerke ich noch hinsichtlich der Lehren des gemeinen Prozeßrechts, daß diese Entscheidung vollkommen mit Martin Lehrbuch des Prozeßrechts §. 255, und insbesondere mit den Erläuterungen dazu in Henslers Heft §. 254 bis 258, zusammentrifft. Sander.

IV.

Ministerium des Innern.

Ueber die Theilnahme der noch nicht 25 Jahre alten Gemeindebürger und der Soldaten, welche das 25. Lebensjahr zurückgelegt, aber das Bürgerrecht noch nicht angetreten haben, bei Vertheilung von Almend- und Gemeindegut.

Die Fragen, welche sich in Bezug auf den hier bezeichneten Gegenstand bei der Anwendung des Gesetzes erheben, wurden von den Behörden in vorgekommenen Fällen verschieden beantwortet.

Das Ministerium d. J. vernahm daher darüber die vier Kreisregierungen und stellte, nachdem deren Gutachten eingekommen waren, unterm 8. Dezember 1835, Nr. 10,896 bis 10,898 folgende Grundsätze auf:

„1) Wenn es sich nur um eine neue Theilung periodisch vertheilter Almendgüter handelt, so hängt es von dem Beschlusse der Gemeinde ab, ob sie die Zahl der bisherigen Genußtheile vermehren oder beschränken will.

Wird keine solche Veränderung beschlossen, so bleibt es bei der bisherigen Anzahl von Genußtheilen.

Hierbei können nach dem §. 87 der G. O. diejenigen, die ihr Bürgerrecht zwar angetreten, aber das 25. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt, oder noch keine eigene Haushaltung oder Gewerbe auf eigene Rechnung gegründet haben, eben so wenig einen Genußtheil erhalten, als die Soldaten, welche das 25. Jahr zwar zurückgelegt, aber das Bürgerrecht noch nicht angetreten haben.

Werden aber mehr Loose gemacht, als die Zahl der übrigen Bürger beträgt, so werden sie einstweilen auf Rechnung der Gemeinde verpachtet, sofort den jüngeren Bürgern, wenn sie das 25. Jahr zurücklegen und eine Haushaltung oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung gründen, so wie unter der letzten Voraussetzung auch den Soldaten, wenn sie das Bürgerrecht antreten, nach ihrem Range zugewiesen, wobei hinsichtlich dieses Rangverhältnisses zwischen den Soldaten und den anderen jungen Bürgern nach der diesseitigen Erläuterung vom 13. Januar 1834, Nr. 308 bis 311 zu verfahren ist.

Hiernach wird der Rang des Bürgers von dem Tage an gerechnet, da er nach zurückgelegtem 25. Lebensjahre eine eigene Haushaltung oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung gegründet und sich dadurch nach §. 87 zum Einrücken befähigt hat. Dem Soldaten wird aber der Rang vom Tage dieser seiner Befähigung an noch um so viel Zeit zurückdatirt, als von Vollendung seines 25. Lebensjahres bis zu seiner Verabschiedung verflossen ist. Der Soldat kann jedoch mit dem Bürger nur alsdann concurriren, ihm also nur alsdann vorgehen, wenn er zur Zeit, da es sich um den Eintritt in einen Genußtheil handelt, sich selbst durch den Bürgerrechtsantritt und durch Gründung eines eigenen Gewerbes oder einer eigenen Haushaltung zum Bürggergenusse überhaupt bereits befähigt hat."

„2) Handelt es sich um eine erstmalige Vertheilung von bisher gemeinschaftlich benutzten Almendgütern zum Genusse, so hängt es nach §. 98 und 99 der G. O. ebenfalls vom Beschlusse der Gemeinde ab, wie viel Genußtheile gemacht werden sollen.

Wird nichts Anderes beschlossen, so werden nach §. 99 so viel Theile gemacht, als es Bürger sind, einschließlich derjenigen, die nach dem §. 87 zum Einrücken noch nicht befähigt sind, und mit Hinzurechnung der Soldaten, welche das 25. Jahr zurückgelegt haben, also mit den Bürgern im Range stehen.

In diesem Falle, oder wenn nach dem Gemeindebeschlusse überhaupt eine größere Zahl Genußtheile gemacht werden, als nach §. 87 zum Einrücken bereits befähigte Bürger vorhanden sind, — werden die ledigen Theile auf Rechnung der

Digitized by Google

Gemeinde einstweilen verpachtet, sofort den jüngeren Bürgern und Soldaten, wenn sie zum Einrücken befähigt werden, nach ihrem Range, wie unter Nr. 1, zugetheilt."

„3) Gleiches gilt von dem Gemeindegut, welches zum Genusse vertheilt wird, nur mit dem Unterschiede, daß hier nach dem §. 111 der G. O. in allen Fällen eben so viel Genußtheile gemacht werden, als zur Zeit der Theilung Bürger vorhanden sind, einschießlich derjenigen, die nach §. 87 zum Einrücken noch nicht befähigt oder gleich den Bürgern einstweilen im Range sind."

„4) Sollen Almend- oder Gemeindegüter zu Eigenthum vertheilt werden, so geschieht die Theilung nach §. 106 und 111 der G. O. unter sämmtliche Gemeindebürger nach Köpfen, und da es sich dabei um keine Einrückung in den Genuß handelt, so findet die Beschränkung des §. 87 keine Anwendung.

Jeder Bürger erhält einen Antheil, wenn er gleich das 25. Jahr noch nicht zurückgelegt, oder noch keine eigene Haushaltung, noch ein eigenes Gewerbe gegründet hat.

Was aber die Soldaten betrifft, so dürfen sie dadurch, daß sie dem Vaterlande dienen, in ihren gemeindebürgerlichen Rechten nicht verletzt werden. Darauf und auf der Annahme, daß der Soldat, wenn er nicht zum Militär gezogen worden wäre, mit zurückgelegtem 25. Lebensjahre das Bürgerrecht angetreten und eine eigene Haushaltung oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung gegründet haben würde, beruht die Bestimmung des 2. Abs. des § 87.

Daher ist bei einer Vertheilung von Almend- oder Gemeindegut demjenigen Soldaten, welcher zur Zeit dieser Vertheilung das 25. Lebensjahr bereits zurückgelegt hat, ein Antheil vorzubehalten, nämlich einstweilen auszuscheiden, auf Rechnung der Gemeinde zu verpachten und ihm, wenn er seiner Zeit nach erhaltenem Abschiede das Bürgerrecht antritt, auszufolgen. Dabei ist dem Soldaten, um nach erhaltenem Abschiede noch wandern und eine Niederlassung mit Gelegenheit begründen zu können, jener Antheil auch noch sechs Jahre (dieselbe Frist, die er beim Militär zubringen mußte) nach erhaltenem Abschiede vorzubehalten und auf Rechnung der Gemeinde verpachten zu lassen, so daß der fragliche Antheil erst nach Umlauf dieser Frist, wenn der verabschiedete Soldat inzwischen das Bürgerrecht nicht antritt, der Gemeinde unbeschränkt wieder zufällt.

Nach diesen Grundsätzen ist zu verfahren, wenn zu einer Vertheilung von Almend- oder Gemeindegut zu Eigenthum oder Genuß die im §. 151 der G. O. vorbehaltene Staatsgenehmigung ertheilt wird."

D. R.

V.

Gebühren der Ortsvorgesetzten.

Durch eine Verordnung des Ministeriums des Innern vom 26. October 1835, Regsbl. Nr. 53, wurden die Gebühren, welche die Ortsvorgesetzten für Dienstverrichtungen zu fordern haben, neu regulirt, und zwar

1) im §. 1 die Diäten für Dienstverrichtungen außerhalb der Gemarkung,

2) im §. 2 die Tagsgebühren für Geschäfte innerhalb der Gemarkung, mit Ausnahme der eigentlichen Kanzleigeschäfte, nämlich der schriftlichen Fertigungen und der Verhandlungen vor dem Bürgermeister, wofür

3) der §. 6 besondere Gebühren bestimmt.

Es wurde nun dem Ministerium d. J. die Anfrage vorgelegt, ob bei Versteigerungen, welche der Bürgermeister auf Requisition einer kirchlichen Receptur, einer Domainenverwaltung ꝛc. vornehme, demselben (wie wenn er der von der Receptur oder Domainenverwaltung selbst vorgenommenen Versteigerung nur als Urkundsperson beiwohnt) die im §. 2 bestimmte Tagsgebühr, oder ob ihm die im §. 6 bestimmte, nur geringere, Verhandlungsgebühr zukomme?

Unterm 27. Januar 1837, Nr. 919 entschied das Ministerium d. J. diese Frage dahin:

„Die im §. 6 der Verordnung vom 26. October 1835 bestimmten Gebühren beziehen sich nur auf die eigentlichen Kanzleigeschäfte. Der Bürgrrmeister erhält also die dort unter d bestimmte Protokollgebühr von 20, beziehungsweise 40 kr. (allein, odrr nach §. 7 gemeinschaftlich mit dem Rathsschreiber) nur für die ihm Kraft seiner Amtspflicht in Parteisachen, namentlich in Rechtsstreitigkeiten, obliegenden Verhandlungen, die er in seinem gewöhnlichen Geschäftslocale (in der Rathsstube, Scheelbstube odee Kanzlei) vornimmt."

„Für Versteigerungen, die er nicht in diesem Geschäftslocale, wenn gleich in seinem Wohnorte, vorzunehmen hat, oder die gar nicht in seinrm Gtschäftskreise liegen, namentlich für solche, die ihm eine Receptur odrr Domainenverwaltung ꝛc. überträgt, hat er dagegrn, je nachdem dirselben in oder außer der Gemarkung vorzunehmen sind, die Tagsgebühr des §. 2 oder die Diät des §. 1 anzusprechen, ohne daß ihm jedoch die Protokollgebühr des §. 6 d. noch daneben zukäme."

D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 8. Karlsruhe den 25. Februar 1837.

I.

Bemerkungen über das Beweisverfahren der Prozeßordnung, in Bezug auf Nr. I. 1. der Annalen, V. Jahrgang.

Die Prozeßordnung wiederholt die Vorschrift des früheren Rechts, daß gegen das Beweiserkenntniß kein Rechtsmittel Statt findet und der Richter befugt ist, dasselbe zu jeder Zeit zurückzunehmen, beziehungsweise durch ein anderes zu ersetzen (Prozeßordnung §. 405. 406, vgl. mit Obergerichtsordnung §. 73 und Verordnung vom 17. Mai 1827, §. 2). Als Gründe für diese Bestimmung findet man in den Motiven angegeben, daß es dem Fortgange des Prozesses förderlich sei, ihn durch Zwischenappellationen nicht aufhalten zu lassen, daß das materielle Recht durch die dem Richter gegebene Befugniß gefördert werde und daß die frühere Praxis das Bedürfniß einer Abänderung nicht fühlbar gemacht habe. So sehr auch diese Gründe bisher Anerkennung gefunden zu haben scheinen, so wird es doch erlaubt seyn, das Gewicht derselben zu prüfen und auf die Gegengründe aufmerksam zu machen, welche die gedachte Vorschrift als unzweckmäßig und in Bezug auf das übrige Beweisverfahren der Prozeßordnung als unpassend darstellen. Wenn zuvörderst die frühere Praxis als Motiv des Gesetzes angeführt wird, so hat dieses an sich wenig Gewicht, und mag die damalige Zufriedenheit theils damit erklärt werden, daß man sich für die Rechtspflege überhaupt weniger lebhaft und allgemein interessirte, theils aus dem erheblichen Umstande, daß nach der früheren Prozeßordnung Beweiserkenntnisse in den höheren Instanzen überhaupt selten waren, und nach der Verordnung vom 17. Mai 1827, §. 4, in zweiter Instanz gar nicht vorkommen konnten, auch das frühere Beweisverfahren im Ganzen viel einfacher und kürzer, als das neue gewesen ist. Desto mehr Stimmen haben sich aber schon gegen das Beweisverfahren der neuen Prozeßordnung vernehmen lassen und insbesondere eine Modification des §. 391 verlangt, welcher Rechtsmittel gegen alle Zwischenurtheile gestattet, wodurch Beweismittel zugelassen oder verworfen werden. Man kann wohl behaupten, daß diese Bestimmung mit der des §. 405 im auffallendsten Widerspruche steht, denn während das Beweiserkenntniß, welches den Beweissatz und die Beweislast normirt, keinem Rechtsmittel unterliegt und von dem nämlichen Richter zurückgenommen werden kann, so kann jedes einzelne, in Folge des Beweiserkenntnisses vorgeschlagene, Beweismittel durch Rechtsmittel bis an die letzte Instanz behauptet, resp. bestritten werden, und dem Richter ist jede Abänderung seines Erkenntnisses über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Beweismittels untersagt (P. O. §. 1165). Der Richter darf also, wenn er ein Beweismittel für zulässig erklärt hat, bei Ertheilung des Enderkenntnisses von der früheren Ansicht nicht abgehen, aber er darf das ganze Beweiserkenntniß aufheben, womit jener Zwischenbescheid von selbst zerfällt.

Eben so ist es dem Richter erster Instanz unbenommen, wenn der oberste Gerichtshof über die Zulässigkeit eines Beweismittels erkannt hat, dieses Erkenntniß ganz unwirksam zu machen, indem er das frühere Beweiserkenntniß zurücknimmt. Also die Grundlage des ganzen Beweisverfahrens, das Beweiserkenntniß, ist wandelbar, während die darauf ruhenden Erkenntnisse über Zulässigkeit der Beweise, welche mit jenem stehen und fallen, der Rechtskraft fähig seyn sollen, so daß diese alle Bedeutung verliert und der Streit über die Zulässigkeit der Beweise durch alle Instanzen ganz vergeblich geführt ist, sobald das Beweiserkenntniß geändert wird. Dieser offenbare Mißstand ist aber um so größer, je häufiger jetzt auch noch in zweiter Instanz Beweiserkenntnisse erlassen werden (P. O. §. 1223), weshalb hier eine Abhülfe dringend nothwendig ist. Man muß also entweder den §. 391 aufheben und die Verordnung vom 17. Mai 1827, §. 10 und 11, wiederherstellen, oder man muß auch die Beweiserkenntnisse rechtskräftig werden lassen, und dann befindet man sich auf dem Standpunkte des gemeinen Rechts. Die Besorgniß, daß dadurch die Prozesse verzögert werden, hat man wenigstens bei Erlassung des §. 391 der Prozeßordnung nicht berücksichtigt, auch ist sie in sofern unbegründet, als gerade durch die Fixirung der Beweisauflage und

Digitized by Google

des Beweisſatzes das Beweisverfahren ſelbſt eine feſte Grundlage erhält und keine Beweiſe erhoben werden, welche entweder der nämliche oder der höhere Richter für unerheblich erklärt. Die Mehrheit der Beweiserkenntniſſe, welche in dem jetzigen Verfahren gar nicht ſelten iſt, verſchleppt und vertheuert die Prozeſſe viel mehr, als die Zulaſſung der Appellationen gegen das Beweiserkenntniß, von deſſen Beſtimmung ohnehin die endliche Entſcheidung des Prozeſſes meiſtens abhängt. Iſt das Beweiserkenntniß einmal rechtskräftig firirt, ſo können ſich die Parteien meiſtens ſelbſt die Rechnung machen, viele jetzt vorkommende Beſchwerden gegen das Beweiserkenntniß fallen alsdann bei den Appellationen gegen das Enderkenntniß hinweg und die Parteien können von der Beſtimmung des §. 192 ff. der Prozeßordnung Gebrauch machen, welche jetzt bei der Vorſchrift des §. 405 ohne allen praktiſchen Werth iſt, wenn die Parteien nicht zugleich die Rechtskraft des Beweiserkenntniſſes anerkennen.

Was endlich die Behauptung betrifft, daß durch die Wandelbarkeit der Beweiserkenntniſſe das materielle Recht gewinne, ſo iſt für das letztere gewiß beſſer geſorgt, wenn die Beweislaſt und der Beweisſatz durch ein Erkenntniß feſtſteht, deſſen Richtigkeit durch die Inſtanzen geprüft werden kann, als wenn die Parteien vielleicht erſt in letzter Inſtanz erfahren, von wem und was zu beweiſen geweſen wäre, alsdann aber neue Beweiſe nicht mehr zuläßig ſind (P. O. §. 1212). Die Prozeßordnung läßt zwar auch in zweiter Inſtanz Beweiserkenntniſſe zu, und es will in neueſter Zeit dieſe Befugniß auch für die dritte Inſtanz vindicirt werden (Annalen V. Nr. 1).

Dieſe Beweiserkenntniſſe zweiter und dritter Inſtanz haben aber nach §. 1223 der P. O. für die Ermittelung des materiellen Rechts immer den Nachtheil, daß über das Beweisverfahren ſelbſt, nämlich über Zuläßigkeit und Erheblichkeit des angetretenen Beweiſes, in den meiſten Fällen nur noch eine Inſtanz Statt findet, während nach dem Syſteme des gemeinen Rechts auch in dieſer Beziehung eine vielſeitige Prüfung durch mehrere Gerichte zugelaſſen iſt.

Die in dieſer Zeitſchrift (Jahrgang V, Nr. 1) vertheidigte Anſicht, daß auch in dritter Inſtanz auf Beweis erkannt werden dürfe, wenn dieſes früher gar nicht, oder auf unrichtige Weiſe, geſchehen ſei, widerſpricht übrigens dem beſtimmten Wortlaute des §. 1242 der Prozeßordnung. Das Geſetz unterſcheidet durchaus nicht, ob die neuen Beweismittel früher verſäumt waren, oder nicht, ſondern es ſchließt ſie unbedingt aus, und wenn noch irgend ein Zweifel erübrigen könnte, ſo würde er durch den Nachſatz des Geſetzes gehoben, wornach das oberſte Gericht nur diejenigen Beweiſe erheben darf, welche in früheren Inſtanzen mit Unrecht gar nicht, oder unvollſtändig, oder auf ungeſetzliche Weiſe erhoben waren.

Hiernach darf der oberſte Gerichtshof im dritten Rechtszuge nicht einmal die *anticipando* bei ihm angetretenen weiteren Beweiſe erheben, geſchweige deren Antretung durch ein Beweiserkenntniß veranlaſſen. Dies iſt auch in Vergleichung mit der früheren Geſetzgebung gar nicht auffallend, indem dort in zweiter Inſtanz gar nicht, und in dritter nur in beſchränkter Weiſe Beweis auferlegt werden durfte, die Parteien alſo in ſofern faſt ganz auf die Beweisanticipation hingewieſen waren (Obergerichtsordnung §. 118, 200, vgl. mit der Verordnung vom 17. Mai 1827, §. 4 und 9). Wenn nun der Geſetzgeber im §. 1223 der Prozeßordnung die Beweiserkenntniſſe in zweiter Inſtanz unbeſchränkt einführte, ſo konnte er ſolche dagegen in der dritten füglich ausſchließen und hier eine bloße Reviſion aus den vorigen Acten geſtatten. In dieſem Sinne wird der §. 1242 auch in den Motiven zur Prozeßordnung verſtanden und von der Redaction dieſer Zeitſchrift an einem andern Orte ausgelegt (Archiv für die badiſche Rechtspflege, III. Band, S. 87, not. 72).

Wollen indeſſen die Parteien auch ein unrichtiges Beweiserkenntniß durch Verſäumung der Rechtsmittel rechtskräftig werden laſſen, ſo iſt dagegen nach Grundſätzen des bürgerlichen Rechts eben ſo wenig zu erinnern, als wenn ſie auf irgend ein Vertheidigungsmittel im Laufe des Prozeſſes verzichten. Man muß ſich hier mit dem formellen Rechte begnügen, und das Streben nach dem wahren oder materiellen Rechte kann nicht ſo weit gehen, daß dieſes den Parteien aufgedrungen wird. So gut letztere einen Vergleich ſchließen können, eben ſo gut können ſie die Entſcheidung ihres Streits von der Herſtellung eines auferlegten Beweiſes abhängig machen, ſollte dieſes auch dem Stande der Sache nicht angemeſſen ſeyn. Der Richter, welcher über den geführten Beweis erkennt, hat hiernach das Beweiserkenntniß nicht mehr zu prüfen, er legt daſſelbe, als von beiden Theilen gebilligt, ſeiner Entſcheidung zu Grunde, und verletzt in ſofern überall kein materielles Recht.

So viel möchte wenigſtens aus dieſen Bemerkungen hervorgehen, daß der §. 391 der Prozeßordnung oder das Syſtem der Zwiſchenappellationen mit dem §. 405 der Prozeßordnung oder dem Grundſatze der Inappellabilität der Beweiserkenntniſſe unvereinbar iſt; daß daher bei einer künftigen Reviſion der Prozeßordnung eines dem andern weichen muß. Für den §. 405 möge aber alsdann nicht der verjährte Beſitz, ſondern die umſichtige Prüfung entſcheiden, ob derſelbe nach ſeinen Conſequenzen und dem Zeugniſſe der Erfahrung wirklich den bisherigen Vorausſetzungen für ſchnelle und gründliche Erledigung der Prozeſſe entſpreche, oder ob nicht in beiderlei Hinſicht von der entgegengeſetzten Vorſchrift des gemeinen Rechts Beſſeres zu erwarten ſei?

Haas.

Digitized by Google

II.

Zur Lehre von der Notorietät.

Indem der §. 400 der Pe. O. die Partei vom Beweiſe der Thatſachen entbindet, für welche die Offenkundigkeit ſpricht, iſt die gemeinrechtliche Lehre von der Notorietät, wie ſie ſich aus einigen Stellen des Canoniſchen Rechts, welche von der evidentia facti ſprechen, in der Theorie und Praxis entwickelt hat, auch bei uns anwendbar.

Bekanntlich nehmen unſere Prozeſſualiſten eine dreifache Notorietät an, welche ſie durch die Benennungen Gerichtskundigkeit, Gemeinkundigkeit und Menſchenkundigkeit unterſcheiden. Bekannt iſt der Krieg der Meinungen, welcher über dieſe Materie herrſcht, und wie gediegene Rechtslehrer ſelbſt behaupten, daß in gewiſſen Fällen der Beweis der Notorietät auferlegt werden müſſe.

Glücklicherweiſe iſt dieſe Lehre im Ganzen ohne große praktiſche Bedeutung, und ich glaube, daß hauptſächlich nur ein Punkt, die Gerichtskundigkeit, welche noch häufiger in Frage kommt, hier eine Erörterung verdiene.

Folgender Fall, welchen ich zu entſcheiden hatte, machte mich auf die Unbeſtimmtheit unſeres Prozeßrechts in dieſem Punkte aufmerkſam, und ich glaube, daß eine Erörterung dieſer Frage im Intereſſe der Praxis wünſchenswerth wäre: A. klagte beim Landamte K. eine Forderung gegen B. ein und erlangte ein obſiegendes Urtheil. B. zeigte die Appellation an und die Acten wurden abgeſendet. Nun trat A. mit einer Arreſtklage auf, in welcher er die Exiſtenz ſeiner Forderung durch das ergangene unterrichterliche Urtheil beſcheinigen wollte. Weil er aber keine Fertigung deſſelben beſaß, berief er ſich auf die Gerichtskundigkeit, da dem Richter das Urtheil, welches er ſelbſt vor wenigen Wochen erlaſſen habe, doch bekannt ſeyn müſſe. Der Unterrichter gieng aber von der Anſicht aus, daß unſer Prozeßrecht die Gerichtskundigkeit nicht kenne, und ſo unterlag A. mit ſeiner Klage.

Unſere Prozeßordnung, wenn ſie auch den Schlendrian des ſcheiftlichen Verfahrens möglichſt einzuengen und den Verhandlungen durch die Mündlichkeit mehr Raſchheit zu verſchaffen ſucht, verlangt doch überall die ſchriftliche Beurkundung der gerichtlichen Handlungen. Die Vorträge der Parteien werden protokollirt, Beſchlüſſe und Urtheile müſſen in den Acten niedergeſchrieben ſeyn. Der Inhalt der Acten ſoll das ganze Gemälde des Rechtsſtreites enthalten, und der Grundſatz: quidquid non in actis, non est in mundo, kann nach dem Geiſte unſerer Prozeßordnung gewiß nicht geläugnet werden. Bei der Verhandlungsmaxime, welche eine Grundlage unſeres Civilverfahrens bildet, wird ferner angenommen werden müſſen, daß der Richter die Kenntniß der Thatſachen, welche er aus den unter ſeiner Leitung entſtandenen Gerichtsacten erlangt hat, nicht bei ſeinen Entſcheidungen benutzen dürfe. Wenn eine Partei ein Factum, welches in anderen Acten conſtatirt iſt, noch ſo unrichtig anführt, der Richter muß dieſe unrichtige Entwickelung gelten laſſen, wenn und in wie weit ſie nicht vom Gegentheil gerügt wird.

Es iſt eine conſequente Schlußfolgerung aus dieſen Prämiſſen, wenn die Prozeßordnung vorſchreibt, daß ſolche bereits anderweitig erwieſene Thatſachen für die Parteien nicht als offenkundig gelten und daß bei gegneriſchem Widerſpruche der Beweispflichtige noch einmal den ſchwierigen Weg der Beweisführung antreten müſſe. Hat derſelbe Kenntniß davon, daß dieſe Thatſache bereits durch Gerichtsacten conſtatiet iſt, ſo kann er hiervon nicht durch Berufung auf die Gerichtskundigkeit Gebrauch machen, ſondern er muß den Beweis in der Form des Urkundenbeweiſes erbringen. Er muß nach §. 426 der Pr. O. in der Beweisanteetung die fraglichen Acten genau nach ihrem Inhalte bezeichnen und um Productionstagfahet bitten *), der Gegner hat ſich dann über dieſe Acten, wie über andere öffentliche Urkunden, zu erklären, was für denſelben um ſo wichtiger iſt, da ihm der Grundſatz: inter alios acta mihi nec prosunt, nec nocent, hier oft von Bedeutung ſeyn wird.

Wenn ſonach der §. 426 der Pr. O. die Parteien verpflichtet, eine gerichtskundige Thatſache in Form des Urkundenbeweiſes aus den Acten zu beweiſen, ſo folgt durch den Schluß vom Gegentheil, daß ſie es durch Berufung auf das Gedächtniß des Richters nicht können. Es kann zwar dieſe Thatſache auch mit den übrigen Beweismitteln erwieſen werden, aber hieraus darf noch nicht geſchloſſen weeden, daß eine Beeufung auf die Gerichtskundigkeit ausreiche. Andeenfalls wäre es im Intereſſe des Beweisführers, ſtatt den zeiteaubenden Umweg des Urkundenbeweiſes zu wählen, ſich einfach auf das Gedächtniß des Richters zu beziehen, der dann einee etwaigen Schwäche deſſelben durch ein wiederholtes Leſen der einſchläglichen Acten zu Hülfe kommen könnte!

Der Richter hat Kraft ſeines Amtes die Befugniß, den Kampf der ſtreitenden Parteien unter der Aegide der Prozeßoednung zu leiten und ihn nach den beſtehenden Geſetzen zu entſcheiden. Liegt doch hierin ſchon die bedenkliche Macht, wenn ihm nicht das gehöeige Maß von Gewiſſenhaftigkeit und Geſetzeskunde zur Seite ſteht, Unrecht in Recht zu verkehren, darum veeſuche man nicht, ihn noch in höheeem

*) Es bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, wie prozeßordnungswidrig die noch vielfach vorkommende Manipulation iſt, daß auf Antrag des beweisführenden Anwalts die Gerichtsacten blos „adregiſtrirt“ und dann ohne voeherige Production bei Entſcheidung der Sache benutzt werden. W. Br

Digitized by Google

Maße zum Herrn der Verhandlungen zu machen. Sein Gedächtniß ist nicht Kraft seines Amtes mit dem Stempel der Infallibilität besiegelt, und bei der Unzahl von Verhandlungen, die wie ein chinesisches Schattenspiel an ihm vorüberziehen, wird um so mehr Grund zu gerechtem Zweifel vorliegen.

Sätze der allgemeinen Erfahrung, z. B. die Thatsache, daß der Regen naß mache, zum Beweise aufzulegen, wäre lächerlich, Thatsachen, die Hunderten von Personen bekannt sind, als erwiesen anzunehmen, ist begreiflich, aber eine Thatsache für wahr zu halten, weil ein einzelner Mensch (und wenn es auch ein Richter wäre!) von ihrer Wahrheit überzeugt ist, düefte gewiß etwas bedenklich erscheinen.

Ich glaube daher, daß im Interesse des Rechts und nach den Grundsätzen der Prozßordnung angenommen werden muß, daß eine Gerichtskundigkeit unserer Gesetzgebung ganz fremd ist. Wilhelm Brauer.

III.

Wann wird man in Baden aufhören, aus der Vollstreckung eines Todesurtheils ein öffentliches Schauspiel zu machen?

Die Art, wie deemalen die Todesurtheile im Großherzogthum Baden vollzogen weeden, hatte wohl ursprünglich zum Zwecke,

a) dem durch den begangenen Mord odee Raub beleidigten öffentlichen Rechtsgefühle eine Sühne zu geben,

b) vor ähnlichen Verbrechen abzuschrecken, wozu noch

c) das Grfühl kam, daß eine nicht öffentliche Hinrichtung etwas Unheimliches, an Gewaltthat Erinneendes hat, und unter ihree Firma ein Mord wenigstens möglich ist.

Diesen Zwecken entsprechen unsere öffentlichen Schauausstellungen der Hineichtungen theils gar nicht, theils können jene auf andere Weise ereeicht werden.

a) Die öffentliche Sühne wird viel zweckmäßiger in einer beschleunigten Justiz und in öffentlicher Verkündigung des Uetheils, als in dessen theatralischem Vollzug gefunden. Leider ist bei uns zwischen der That und dem Vollzug des Urtheils in der Regel ein so großer Zwischenraum, daß der Abscheu vor der That verwischt, wenigstens durch die lange peinliche Haft des Verbrechers gemildeet ist, und diesem in dem Augenblicke, da er die verdiente Strafe eeleidet, mehr Mitleid gezollt, als Abscheu gezeigt wird.

Auch stehen wir, Gottlob! nicht mehr so tief auf der Stufe der Cultur, daß wie Blut *seben* müssen, um uns übee eine Blutschuld zu beruhigen. Die Ueberzeugung, daß dem Verbrechen die gerechte Strafe auf dem Fuße folge, wird jedem sittlich guten Menschen genügen.

b) Daß öffentliche Hinrichtungen nicht abschrecken, lehrt vielfältige Erfahrung. Schon oft haben Diebe das Gedränge bei Hinrichtung ihrer Cameraden dazu benutzt, ihr Handwerk mit Vortheil auszuüben, und der furchtlose Tod eines kühnen Verbrechers ist nicht selten das Signal füe die Theilnehmer seines Verbeechens zu neuee Kühnheit.

c) Jede Hineichtung muß allerdings in so weit öffentlich seyn, daß die Beurkundung des legalen Hergangs in erweiteeter Förmlichkeit geschieht, z. B. vor versammeltem Gemeinderathe und engerem Ausschusse des Oets und mit Zulassung derjenigen, die ein näheres Interrsse an dem Strafvollzuge haben, abee sie sollte jedenfalls an einem Oete geschehen, wo der Zudrang der Gaffer unmöglich ist.

Die jetzige Form der Hinrichtungen ist

1) ein sittliches Scandal. Was seinem Anlasse und seinen Folgen nach Gegenstand ernster Betrachtung seyn sollte, wird zum heitern, wenigstens anfeegenden, Volksfeste, das gewöhnlich noch die widrige Eigenschaft hat, daß die Frauen und die Jugend sich dabei am eifrigsten heranddängen. Den Todeskampf und die Zerfleischung eines Menschen zu sehen, ziehet Alt und Jung aus, so fröhlich, als gelte es, ein heiteres Maifest zu feieen.

Abhäetung gegen das unserer unverdorbenrn Natur widdewärtige Schlachten, und Befriedigung eoher Neugierde sind die bedaueelichen Früchte solcher Auszüge.

2) Sie stört den Act dee Hinrichtung. Ueber die Zweckmäßigkeit des in Baden bestehenden Vollzuges der Todesstrafe durch das Schwert habe ich hier nicht zu sprechen, aber ihre Anwendung wird duech die theatralische Ausführung und die davon unzertrennliche Verlegenheit des Scharfrichtees sehr erschwert. Sehr häufig sind die Fälle, daß der eeste Streich mißlingt, abee bisweilen ist die Hineichtung erst nach mehrmals wiederholten Streichen vollendet, zur unwillkürlichen Schärfung der Strafe und zu großer, bis zu Erbitteeung steigender, Verletzung des Gefühls der Zuschauer. Schon zur Vermeidung solchee Metzeleien sollte man einschreiten.

3) Der Staatskasse weeden unnöthige, oft sehr bedeutende, Kosten, der ganzen Gegend ein sehe bedeutender Zeitaufwand veranlaßt. Mit dem dritten Theile des Aufwandes, den man dem schauerlichen Spektakelstücke gleichgültig zuwendet, hätte seiner Zeit der unglückliche Hauptacteur desselben, voe dem in dee Regel durch unglückliche äußere Verhältnisse herbeigeführten moealischen Verderben, voe seinem Verbrechen und tragischen Ende bewahet werden können. Unsere Voreltеen haben die Blutrache abgeschafft und an ihre Stelle das öffentliche Blutgerüst gesetzt; wir bedürfen auch dessen nicht mehr. Lasset uns in der Humanität im Einzelnen vorwärts schreiten, jede Frucht drrselben teägt den Keim zu neuen Blüthen in sich. C. Will.

Haupteedacteur: Ministerialeath Bekk. Deucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 9. | Karlsruhe den 4. März 1837.

I.

Was gilt denn von der Notariatsordnung? Eine Gegenerwiederung auf Nr. 5. dieses Jahrgangs I.

Mein Herr Gegner wundert sich darüber, daß ich in dem ergangenen oberhofgerichtlichen Urtheile eine Gefahr der Rechtssicherheit beinahe aller badischen Staatsbürger erblickt habe. Allein wenn er die Redactionsnote zu Nr. 38 des vorigen Jahrgangs, ja wenn er das Regierungsblatt vom 5. November 1836, Nr. 50 gelesen hat, so wird er sich überzeugen, daß auch noch außer mir in dem Urtheile eine Gefahr der Umstoßung einer ungeheuern Menge der wichtigsten Rechtsgeschäfte gefunden wurde, und man sich deshalb dringend veranlaßt sah, die Betheiligten zu sichern. Die Verwunderung meines Herrn Gegners bezieht sich daher nicht allein auf mich.

Mein Herr Gegner ist aber auch erstaunt, daß ich mir die Rechtsungleichförmigkeit wegen der Entschädigungsquart nicht durch den Wechsel der Votanten erklären konnte, und daß selbst er die beiden widerstreitenden Verfügungen des Justizministeriums vom 21. März und 27. Mai 1812 sich ebenfalls nicht durch einen Wechsel der Mitglieder erklärte. Wenn man den Widerspruch beider Verfügungen auf die Rechnung des Justizministeriums mit sich selbst setzte, so mußte es nahe liegen, daß ja auch das Oberhofgericht in der Entschädigungsquart uneinig mit sich selbst ist und daß es nicht nöthig war, einem Andern seine Uneinigkeit vorzuhalten. Die Uneinigkeit wegen der Entschädigungsquart besteht aber einmal, und auf wessen andere Rechnung ich sie nach dem Verlangen meines Herrn Gegners setzen soll, weiß ich wahrlich nicht.

Mein Herr Gegner führt sodann aus den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern Stellen an, wornach die jetzige Entscheidung mit früheren ganz conform sein. Vergleicht man aber diese Stellen, so findet man, daß noch nirgends die Grundsätze der jetzigen Entscheidung so bestimmt und fest aufgestellt waren. Ja während jetzt eine Verordnung vom Jahre 1812 geradezu im Widerspruche mit der Notariatsordnung als nichts bedeutend verworfen wurde, wird in dem Citat aus dem 6. Bande, p. 77 ein Hauptgewicht auf eine Verordnung v. J. 1810 gelegt, obschon diese in Feststellung der Formen einer Pfandurkunde im mannigfaltigsten Widerspruche mit der Notariatsordnung steht. Und während die jetzige Entscheidung die von der Notariatsordnung unter einem Muß angeordneten Förmlichkeiten als nothwendige erachtet und in deren Mangel nach L. R. S. 6 k. annimmt, daß sogar das Rechtsgeschäft als nichtig erklärt werden muß, wird in der Folge des Citats aus dem 4. Bande, p. 212 gesagt, daß man nicht angenommen habe, wie der Mangel der nach der Notariatsordnung erforderlichen Formen die Geschäfte für durchaus nichtig mache, sondern daß darunter dem Ermessen des Richters viel überlassen sei. Noch nie ist die Ansicht, daß in Staatsschreibereiurkunden die Formen der Notariatsordnung bei Strafe der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte beobachtet werden müssen, so bestimmt, so frank und frei zu Tage getreten. Nur so nebenbei, und im Verlauf von bald zwanzig Jahren, wird nur dreimal der Notariatsordnung erwähnt. Noch nie ist die Ansicht, daß die zumal vor 1818 erschienenen Justizministerialverordnungen gar keine Gesetzeskraft haben, so sicher ausgesprochen worden, und wenn man bedenkt, daß noch nach den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern v. J. 1833, S. 320 den die Acciseordnung abändernden Verordnungen des Finanzministeriums vom Oberhofgericht dann Gesetzeskraft und richterliche Beachtung gesichert wird, wenn sie im Regierungsblatte publicirt sind, so konnte man wohl annehmen, daß die in richterlichen Entscheidungsgründen und nicht in Auszügen der Vorträge einzelner Referenten zu Tage gegangenen Grundsätze der jüngsten Entscheidung neu sind und am wenigsten als Fortsetzung des Grundsatzes im 6. Bande, S. 312 angesehen werden konnten.

Gehe ich nun zu meiner Abfertigung über, so wird mir von vorn herein damit der Vorwurf gänzlicher Entstellung der Entscheidungsgründe gemacht, daß ich gesagt hätte, es

Digitized by Google

enthielten solche den Satz, daß neben den Förmlichkeiten der Notariatsordnung auch noch die Förmlichkeiten des Landrechts zu beobachten seien. Es werde ja blos gesagt:

1) Daß die in der Notariatsordnung vorgeschriebenen Erfordernisse zu einer rechtsgültigen Beurkundung nicht aufgehoben seien,
2) daß die Staatsschreiber auch jene Formen beobachten müßten, welche das Landrecht vorschreibe,

und hiermit solle nach meines Herrn Gegners Ansicht weiter nichts gesagt werden, als daß es zwei Gesetze gebe, deren Vorschriften die Staatsschreiber beobachten müßten.

Ich mag diese dreierlei Ausgaben drehen und wenden, wie ich will, ich finde in ihnen allen den nämlichen Satz der Gültigkeit der Formen der Notariatsordnung und des Landrechts, und ob ich nun sage, es seien die Formen des einen Gesetzes neben denen des andern zu beachten; oder ob die Entscheidungsgründe sagen, es seien 1) die Formen des einen, und 2) auch die Formen des andern Gesetzes zu beachten; oder ob mein Herr Gegner sagt: es seien die Formen beider Gesetze zu beobachten; alles dies scheint mir mit je anderen Worten immer den nämlichen Satz und den gleichen Sinn zu enthalten, daß die Formen der Notariatsordnung und des Landrechts gültig sind und beobachtet werden sollen. Wahrlich ich vermag mir den Vorwurf gänzlicher Entstellung der Entscheidungsgründe nicht zu erklären.

In der gegentheiligen Ausführung zur Frage der Gültigkeit der Notariatsordnung scheinen mir aber die vorgebrachten Gründe neben dem bloßen Widerspruche meiner Ausführung nur eine Wiederholung der Entscheidungsgründe zu enthalten, und gerade auf die Unterscheidung aller hier einschlagenden Verordnungen und Gesetze nach ihren subjectiven und objectiven Beziehungen auf die Personen der Staatsschreiber und die Formen ihrer Geschäfte, worauf ich ein Hauptgewicht gelegt habe, hat sich mein Herr Gegner gar nicht eingelassen. Daß die Notariatsordnung nur von der alleinigen Beurkundung spricht, die Staatsschreiber aber jetzt nicht blos zu beurkunden, sondern in eigener Amtsthätigkeit die Willenserklärungen der Parteien, zumal über Rechtsgeschäfte unter Lebenden, zu fertigen haben; über die daraus gezogenen Schlüsse ist mein Herr Gegner mit Stillschweigen hinweggegangen. Der Nichterwähnung des Nachtrags zur Notariatsordnung v. J. 1809 im II. Einführungsedicte, durch welchen Nachtrag doch allein die Amtsrevisoren an die Formen der Notariatsordnung gebunden seyn können, und des daraus gezogenen Schlusses, daß also die Amtsrevisoren, welche ihr Staatsschreibereirecht nicht aus der Notariatsordnung und ihrem Nachtrage, sondern aus dem Organisationsedicte, welches ebenfalls der Notariatsordnung nicht gedenkt, und aus dem II. Einführungsedicte ableiten, nicht an die Notariatsordnung gebunden sind; dem dieses bestätigenden Gesetze vom 13. May 1812 hat er keine Rechnung gethan, und so also meine Ausführung auch nicht widerlegt.

Man wird mir aber zugeben, daß Brauer am besten zu beurtheilen im Stande ist, was und wie viel von den älteren Gesetzen bei Einführung des Code Napoleon in das neue Recht übergieng. Glaubt man nun, daß er so leichtfertig gewesen wäre, in einer unter seinem Namen erschienenen Verordnung zu sagen: es sei unzweifelhaft, daß die Amtsrevisoren nicht an die Notariatsordnung gebunden seien? Und wenn er ausdrücklich sagt, daß sie dieses nach dem II. Einführungsedicte nicht sind, warum will man denn hier in der Erklärung des II. Einführungsedicts dem Manne kein Vertrauen schenken, dem man doch sonst bei Erklärung des badischen Landrechts so viel Gewicht, und zwar mit Fug und Recht, beilegt. Ich erinnerte mich unterdessen, daß Brauer im IV. Bande das II. Einführungsedict erläutert, und fand dorten zu §. 7 des II. Einführungsedicts gerade die, auf den von mir gemachten Unterschied zwischen bloßer Beurkundung und eigener Fertigung der Rechtsgeschäfte zurückführende, Erläuterung, daß die Staatsschreiber nur in erster Beziehung an die Notariatsordnung gebunden sind und daß sie sich in ihrem übrigen Geschäfte, namentlich den alten Amtsschreibereigeschäften, wohin unzweifelhaft gerade die Heirathsverträge gehören, nicht an die Notariatsordnung zu halten haben. Diese Autorität Brauers halte ich der mir entgegengestellten Autorität von Treffurt, S. 370, gegenüber.

Jede richtige Meinung ist aber auch daran zu erkennen, daß sie immer neue gute Gründe ihrem Widerspruche entgegensetzen kann, und so will ich dergleichen neue Gründe für die Ungültigkeit der Notariatsordnung mit ihrem Nachtrage als Gesetz für alle Staatsschreibereigeschäfte, und insbesondere für die Verfertigung der Urkunden über einseitige oder zweiseitige Rechtsgeschäfte nach dem Landrechte, anführen.

Man verlangt von mir die Nachweisung der Abschaffung der Notariatsordnung durch ein Gesetz, allein diesem Verlangen werde ich wohl die gewiß bescheidene Bitte entgegensetzen dürfen, daß man mir zuerst nachweist, daß die Notariatsordnung als ein für das neue Landrecht und dessen Geschäfte geltendes Gesetz eingeführt worden ist, denn ich kann offenbar nur dann zum Ausweis über die Abschaffung eines Gesetzes angehalten werden, wenn vorerst die Einführung, die Gültigkeit des Gesetzes dargethan ist, weil man nur das abschafft, was sonst schon gilt.

Unbestreitbar ist es nun, daß die Notariatsordnung vom Jahre 1806, als solche, weder für den erst im J. 1809 festgestellten Stand der Staatsschreiber — subjectiv —, noch

Digitized by Google

für die erst im J. 1810 eingeführten landrechtlichen Rechtsgeschäfte — objectiv — gilt, und es ist deshalb auch in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen, so wie in der Ausführung meines Herrn Gegners, ausdrücklich anerkannt, daß die Einführung der Notariatsordnung v. J. 1806 als jetzt noch gültiges Gesetz in dem Nachtrage dazu v. 20. Mai 1809, und nur in diesem Nachtrage und nach diesem Nachtrage, zu finden ist. Liest man nun den Eingang dieses Nachtrags, so findet man darin allerdings die Absicht des Gesetzgebers, die Notariatsordnung v. J. 1806 auf die landrechtlichen Rechtsgeschäfte auszudehnen und vorzuschreiben, man findet aber auch eben deshalb die Vorschrift, daß dieser Nachtrag und mit ihm also die sub- und objective Wirksamkeit der Notariatsordnung für die Staatsschreiber erst mit dem 1. Juli 1809 in Kraft treten solle. Dieser Termin war nämlich auch der Termin der Einführung des Landrechts selbst nach dem Edicte vom 3. Februar 1809. Durch das Edict vom 22 Juni 1809, Rggsbl. XXVI, S. 245 wurde aber die Einführung des Landrechts wieder auf den 1. Januar 1810 hinausgesetzt, und da der Nachtrag zur Notariatsordnung v. J. 1809 ganz unbestreitbar mit der Einführung des Landrechts, als dem Gegenstande seiner Vorschrift, in der unzertrennlichsten Verbindung steht, so wird es von Niemand bezweifelt werden, daß der Nachtrag zur Notariatsordnung, und somit die darin für wirksam erklärte Notariatsordnung v. J. 1806 selbst, nicht auf den 1. Juli 1809 in Kraft und gesetzliche Wirkung getreten ist. So wie aber ein besonderes Gesetz einen Termin seiner Gesetzeskraft erhalten hat, welcher auf eine nicht zu bestreitende Weise nicht eingetreten ist, so muß für dieses besondere Gesetz nachgewiesen werden, daß nunmehr ein anderer Termin festgesetzt worden ist, von dem an seine gesetzliche Kraft beginnt, denn vor Bestimmung des Termins war es ohnedies nicht Gesetz, mit dem festgesetzten Termine ist es bei dessen Aufhebung nicht Gesetz geworden und muß also einen neuen Termin seiner Verbindlichkeit erhalten. Nirgends, weder in einem Gesetze, noch auch nur in einer Verordnung, ist nun für den Nachtrag der Notariatsordnung, und mit ihm für die Notariatsordnung, ein neuer Termin seiner Verbindlichkeit festgesetzt worden, und sonach ist er bis heute nicht Gesetz geworden. Daß übrigens das Edict vom 22. Juni 1809 in der Verschiebung des Termins vom 1. Juli 1809 sich nicht allein auf das Landrecht, als solches, sondern auch auf die damit in Verbindung stehenden Rechtsinstitute bezieht, wohin gerade das Staatsschreibereiwesen gehört, ist nicht zu bezweifeln, denn solches ist vorerst nothwendig, weil kein auf das Landrecht sich beziehendes Institut vor dem Landrechte selbst wirksam seyn kann, und es ist dieses auch im Edicte ausgedrückt, denn es wird darin von diesen Instituten gesprochen und der noch nicht vollendeten Vorbereitung zur ungehinderten Ausführung des Landrechts erwähnt.

Man wird mir nun entgegenhalten, daß mit der Verschiebung des Termins der Einführung des Landrechts vom 1. Juli 1809 auf den 1. Januar 1810 auch der Termin der Kraft des Nachtrags zur Notariatsordnung auf den 1. Januar 1810 ausgesetzt worden seie; allein abgesehen davon, daß es mit dergleichen stillschweigenden Festsetzungen der verbindlichen Kraft eines besondern Gesetzes eine sehr mißliche Sache ist, so steht diesem Einwurfe das II. Einführungsedict geradezu entgegen.

Es ist eine bekannte Thatsache, daß man sich in der Zwischenzeit des I. und II. Einführungsedicts hauptsächlich hinsichtlich der mit dem Landrechte in Verbindung stehenden Rechtsinstitute zu mancherlei anderen Ansichten bestimmte, und man hat deshalb im §. 1 des II. Einführungsedicts den Satz vorangestellt, daß der Code Napoleon unter den Bestimmungen des II. Einführungsedicts allein als allgemein verbindliches bürgerliches Gesetzbuch gelten solle. Es kommt daher bei allen Fragen über die verbindliche Kraft und über die Ausdehnung aller mit der Einführung des Code Napoleon zusammenhängenden bürgerlichen Gesetze und Rechtsinstitute, so wie über ihre jetzige Gestalt, ganz allein das II. Einführungsedict zur Entscheidung, in so weit es nicht nach §. 2 durch die aufrecht erhaltenen Bestimmungen des I. Einführungsedicts oder des Organisationsedicts vom 26. November 1809, oder durch spätere Gesetze, modificirt ist.

Das I. Einführungsedict setzt nun über die Anstalt der Staatsschreiberei nichts selbst fest, und daß das Organisationsedict v. J. 1809 zum wenigsten keine Vorschrift über die gesetzliche Verbindlichkeit der Notariatsordnung enthält, ist unbestritten. Vielmehr muß es eher als Bestätigung der Ansicht ihrer Unverbindlichkeit ausgelegt werden. Das II. Einführungsedict enthält aber im §. 7 Vorschriften über das Staatsschreibereiwesen, und da nun darin für die Staatsschreiber und für die ihnen zugewiesenen landrechtlichen Geschäfte der Notariatsordnung mit ihrem Nachtrage v. J. 1809 keiner Erwähnung geschieht, ja da nur die Notariatsordnung in ihrer Gestalt v. J. 1806 und nur für die ausnahmsweise bestehen sollenden Notäre aufrecht erhalten wird, so liegt es klar am Tage, daß nach dem, die Wirksamkeit und Gültigkeit des Nachtrags zur Notariatsordnung allein bestimmen könnenden, II. Einführungsedicte von einer gesetzlichen Verbindlichkeit des Nachtrags der Notariatsordnung und der Notariatsordnung v. J. 1809 und 1806 für die Staatsschreiber und die landrechtlichen Staatsschreibereigeschäfte keine Rede seyn kann. Nachdem die Notariatsordnung v. J. 1806 als solche den landrechtlichen Staatsschreibern und Staatsschreibereigeschäften nicht

Digitized by Google

gilt, nachdem der diese Gültigkeit beabsichtigende Nachtrag v. J. 1809 unbestreitbar auf seinen Termin nicht zum Vollzug gekommen ist, so war es das, die ganze Civilgesetzgebung mit allen ihren Rechtsinstituten in civilrechtlicher Beziehung umfassende, II. Einführungsedict, welches nunmehr die verbindliche Kraft des Nachtrags der Notariatsordnung und damit der Notariatsordnung selbst für die Formen der landrechtlichen Geschäfte zu bestimmen hatte, und eben deswegen, weil es davon nicht nur nichts enthält, sondern weil es sogar die Notariatsordnung v. J. 1806 wieder auf die alleinigen Notariatsgeschäfte beschränkte, also nach der Absicht des Nachtrags v. J. 1809 ihre Vereinigung mit den landrechtlichen Staatsschreibereigeschäften wieder aufhob, eben deswegen hat es dem Nachtrage in der Notariatsordnung keine verbindliche Kraft ertheilt. Nicht das ist die entscheidende Frage, ob das II. Einführungsedict den Nachtrag und die Notariatsordnung als verbindliches Gesetz für die landrechtlichen Staatsschreibereigeschäfte abschaffte, sondern das ist die Frage, ob es dieselben als verbindliches Gesetz einführte, und eben weil es dieses nicht gethan hat, ist bewiesen, daß der Nachtrag zur Notariatsordnung keinen Anspruch auf die Kraft eines Gesetzes machen kann.

Alle neueren Gesetze und Verordnungen gehen gleichmäßig davon aus, sie erkennen überall die Abschaffung der Notariatsordnung nicht durch ein ausdrückliches Gesetz, sondern durch das II. Einführungsedict an, welches eben nur durch Uebergehung des Nachtrags zur Notariatsordnung demselben keine verbindliche Kraft ertheilte, und wenn man noch bedenkt, daß die für die neuen Landestheile hinsichtlich der Einführung des Landrechts erlassenen Gesetze vom 30. März 1811 und 8. Juni 1820 abermals nur des Landrechts mit seinen zwei Einführungsedicten erwähnen und dabei nirgends von einer Notariatsordnung und einem Nachtrage dazu, als dem Gesetze über Staatsschreibereigeschäfte, reden, so sieht man klar, daß die Gesetzgebung noch nie daran gedacht hat, daß diese beiden Gesetze neben dem Landrechte verbindliche Kraft haben. Das provisorische Gesetz vom 3. November 1836 macht daher mit Recht darauf aufmerksam, daß im II. Einführungsedicte den Staatsschreibern nicht die Notariatsordnung oder ihr Nachtrag zur Norm ihrer Geschäfte vorgeschrieben worden ist, und wenn man nicht übersieht, daß das Staatsschreiberelinstitut gewiß eine jener Staatseinrichtungen war, welche mannigfach mit dem Landrechte und den dazu erforderlichen organischen Einrichtungen zusammenhieng, so wird man aus dem Eingange des II. Einführungsedicts und aus dem Schlusse des §. 7 des II. Einführungsedicts, aus dem Versprechen einer Revisoratsinstruction mit der vollständigsten Gewißheit entnehmen können, daß man es in suspenso belassen und ihm also keineswegs die Notariatsordnung als gültiges Gesetz vorschreiben wollte. Man vergleiche alle diese Gesetze und Verordnungen, man bedenke den nicht in Vollzug getretenen Termin der Verbindlichkeit des Nachtrags der Notariatsordnung, man überlege die Erläuterung Brauers, und man wird gewiß zum Ergebniß der Ungültigkeit der Notariatsordnung, als Gesetz für die landrechtlichen Staatsschreibereigeschäfte, kommen.

Ganz ihr Ziel verfehlend ist aber die gegentheilige Ausführung hinsichtlich der Frage über die hier ausgesprochene Nichtigkeit des Heirathsvertrags.

Eine unzweifelhafte Sache ist es, daß der S. 6 k., wie andererseits selbst auf das Schönste ausgeführt wird, zwischen den auf der Vorschrift des Gesetzes und den auf seinem Grunde ruhenden Nichtigkeiten unterscheidet. Die ersteren müssen vom Richter ausgesprochen werden, die letzteren liegen in seinem Ermessen. Eben so unzweifelhaft ist es aber auch, daß nach ausdrücklicher Vorschrift des L. R. S. 6 k. zu den ersteren jene Fälle gehören, wo das Gesetz die mangelnde Form für eine nothwendige erklärt hat.

Vergleicht man nun damit den zehnten Entscheidungsgrund des betreffenden Urtheils, insbesondere sein Ende: „es ist dieses also eine vom Gesetz als nothwendig bezeichnete Förmlichkeit, bei deren Nichtbeobachtung das Rechtsgeschäft nach S. 6 k. für nichtig erklärt werden muß," so habe ich, und wohl mit Grund, angenommen, daß hiermit vom Gericht eine durchaus bestehende, oder eine in der Vorschrift des Gesetzes liegende Nichtigkeit, keineswegs aber eine im bloßen Ermessen des Richters stehende Nichtigkeit ausgesprochen wurde. Man betrachtete die Form als nothwendig und sah sich im Falle, die Nichtigkeit aussprechen zu müssen. Was aber im richterlichen Ermessen liegt, ist kein richterliches Muß.

Von allem dem will mein Herr Gegner nichts wissen. Er vertauscht das Wort nothwendig mit dem Worte wesentlich, führt aus, daß die Zuziehung der Zeugen eine wesentliche Form seie, und kommt zu dem Ergebnisse, daß man mit Recht den Heirathsvertrag als nichtig ermessen habe. Hätte aber der Gerichtshof eine nur in seinem Ermessen liegende Nichtigkeit aussprechen wollen, so hätte er auch gerade etwa die Ausführung meines Gegners in seinen Entscheidungsgründen aufnehmen müssen; er hätte ausführen müssen, daß der Zweck des Gesetzes bei der Zuziehung der Zeugen auf eine andere Weise nicht erreichbar seie, und gerade weil davon in den Entscheidungsgründen nicht eine Silbe enthalten ist, gerade weil hier mein Herr Gegner mir nicht den Vorwurf einer Entstellung der Entscheidungsgründe macht, ist es wohl auf das Unzweifelhafteste bewiesen, daß man keine, nur im Ermessen liegende, sondern

Digitized by Google

eine nothwendige, in der Vorschrift des Gesetzes liegende, Nichtigkeit ausgesprochen hatte, weil man die Anordnung einer Form unter einem Muß für gleichbedeutend mit ihrer Anordnung als nothwendig erachtete.

Damit aber, daß nun mein Herr Gegner dieser nothwendigen Nichtigkeit eine im richterlichen Ermessen liegende unterschiebt, erkennt er selbst an, daß also die erstere nicht bestand, und damit giebt er selbst zu, daß man in ihrem Ausspruche zu weit gegangen, über das Gesetz hinausgeschritten ist.

Da man jedoch jetzt einmal behauptet, daß der Mangel der in der Notariatsordnung und ihrem Nachtrage eingeführten wesentlichen Erfordernisse der öffentlichen Staatsschreibereiurkunden ihre Ungültigkeit nach sich ziehe, so wird man vor Allem fragen müssen, was denn diese wesentlichen Erfordernisse sind. Was gilt denn von der Notariatsordnung?

Darüber kann das Landrecht keine Auskunft geben, sondern solche ist allein in der Notariatsordnung zu suchen. Allein man findet zwar in ihr eine Masse von Vorschriften, aber keinen Fingerzeig eines Unterschiedes unter ihnen in ihrer größeren oder geringeren Wesentlichkeit oder Außerwesentlichkeit, sondern alle sind sie unter dem Muß angeordnet, worauf man früher wenigstens so viel Gewicht gelegt hat. Man hat sich in dem oberhofgerichtlichen Urtheile auf die Formen des §. 16 der Notariatsordnung gestützt, da ich aber nachgewiesen habe, daß nach ihm alle unsere Staatsschreibereiurkunden, selbst jene, wobei Zeugen zugezogen wurden, nichtig sind, so scheint man jetzt davon zurückgekommen zu seyn und legt nunmehr das Hauptgewicht auf den §. 11 der Notariatsordnung. Darin ist aber wieder vorgeschrieben, daß die Urkunde nicht nur die Anwesenheit von Zeugen, sondern auch ihr Erbitten durch den Staatsschreiber und ihr Erinnern an ihre Zeugenpflicht ausdrücklich enthalten soll, und da nun die unter Beiseyn von Zeugen aufgenommenen Staatsschreibereiurkunden davon nichts erwähnen, so sind auch sie wieder nichtig, denn die Wesentlichkeit des Erbittens der Zeugen vom Staatsschreiber folgt insbesondere aus dem §. 41 der Notariatsordnung, wo gesagt wird, daß der Staatsschreiber deshalb die Zeugen von seiner Seite aus erbitten soll, um sie außer der Umgebung der Parteien zu nehmen und sich damit ihrer Willensfreiheit zu versichern. Die Willensfreiheit bei Rechtsgeschäften ist aber eines der wesentlichsten Erfordernisse des Geschäfts selbst, und so ist gewiß auch jene Vorschrift wesentlich, welche zur Versicherung dieser Willensfreiheit dient.

Mag man aber davon halten, was man will, so viel ist richtig, daß es über den Begriff der wesentlichen Erfordernisse der Staatsschreibereiurkunden keine auch nur andeutende gesetzliche Bestimmung giebt. Hierin liegt also Alles im Ermessen des Richters, und da es nun nicht zu bestreiten ist, daß auf dem Bestande der Staatsschreibereiurkunden der ganze Rechtsverkehr und das Vermögen Aller beruht, so kommt man eben immerhin wieder zu dem nicht erfreulichen Ergebnisse, daß bei der nothwendigen Unsicherheit des hierin an keine gesetzlichen Vorschriften gebundenen richterlichen Ermessens gar keine Rechtssicherheit besteht. Man wird eben heute je nach Lage der thatsächlichen Verhältnisse und je nach dem Wechsel der Votanten eine Staatsschreibereiurkunde als nichtig erklären, welche man morgen wieder als gültig ansieht.

Wahrlich der frühere Satz des Urtheils, daß die unter einem Muß vorgeschriebenen Formen der Notariatsordnung bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten seien, war deutlich. Man wußte doch, woran man sich zu halten hatte. Wenn er aber jetzt in den Satz verwandelt werden soll, daß die nach der Notariatsordnung wesentlichen Erfordernisse der Staatsschreibereiurkunden in ihrem Mangel eine Nichtigkeit nach sich ziehen, so führt dieses, im Abseyn aller näheren oder entfernteren gesetzlichen Bestimmungen solcher wesentlichen Erfordernisse, zur baarsten Willkühr und heillosesten Rechtsunsicherheit, die nur irgendwo und jemals bestand. Alsdann muß die Gesetzgebung nicht mit einem, nur den Zuzug der Zeugen bei Heirathsverträgen bestimmenden, sondern mit einem, diese wesentlichen Erfordernisse der Staatsschreibereiurkunden vollständig aufstellenden, Gesetze nachhelfen, denn sonst wird am Ende ein, nach dem Gesetze vom 3. November v. J. gefertigter, Heirathsvertrag deshalb für nichtig erklärt, weil darin des Erbittens und des Erinnerns der Zeugen an ihre Zeugenpflicht durch den Staatsschreiber keine Erwähnung geschieht. Ohnedies wird die Notariatsordnung noch mehr wesentliche Erfordernisse der Staatsschreibereiurkunden enthalten, als den bloßen Beizug von Zeugen, und so scheint durch das Gesetz vom 3. November 1836 um so weniger der Rechtsunsicherheit vorgebeugt worden zu seyn, als es sich darin nur von Heirathsverträgen handelt und sämmtliche andere Staatsschreibereiurkunden in ihrem Verhältnisse zur Notariatsordnung unbestimmt geblieben sind. Sander.

II.

Rechtfertigung des Satzes: „Die Gant bewirkt keine Vermögensabsonderung" (Annalen von 1836, Nr. 36. II. und 40. I.) durch Widerlegung der dagegen in Nr. 45. I. vorgebrachten Einwürfe.

In Nr. 45. I. S. 269 der Annalen vom vorigen Jahre wird der Satz: „Gant bewirkt keine Vermögensabsonderung"

Digitized by Google

angefochten, und behauptet, in der Gant trete diese Vermögensabsonderung durch das Locationserkenntniß ein, und der Antrag der Frau auf Vermögensabsonderung sei in der Entschlagung von der Gütergemeinschaft enthalten. Auf diese beiden Hauptsätze gründet der Herr Gegner das Sprüchlein: „Nicht durch die Gant, sondern in der Gant erfolgt die Auflösung der Güteregemeinschaft“ (nämlich durch die genannten Handlungen der Frau und des Richters).

Dieses Sprüchlein muß wohl statt des Satzes: „Die Gütergemeinschaft wird durch die Vermögensabsonderung aufgehoben“ gelten; denn der L. R. S. 1441 spricht nicht von der Gant, sondern nur von der Vermögensabsonderung als einer gültigen Auflösung der Gütergemeinschaft. Wenn nun aber der Herr Gegner zugiebt, daß die Gütergemeinschaft durch die Gant nicht aufgelöst werde, so ist damit auch zugegeben, daß sie durch das Gantverfahren nicht aufgelöst werde; und daraus folgt weiter, daß das Locationserkenntniß, weil einen Theil der Gant oder des Gantverfahrens bildend, die Auflösung der Güteregemeinschaft nicht bewirken könne.

Um die Auflösung der Gütergemeinschaft durch Vermögensabsonderung zu bewirken, dazu ist ein besonderes Verfahren erforderlich, nämlich

1) der Antrag der Frau,
2) der Ausspruch des Richters,
3) die Vollziehung dieses Ausspruchs, und
4) die öffentliche Bekanntmachung desselben.

Ad 1. Die Gründe, warum der Gesetzgeber einen ausdrücklichen Antrag der Frau auf Vermögensabsonderung verlangt, sind in meinem Aufsatze Nr. 40 angegeben; auf diesen Antrag wirkt nämlich das Absonderungsurtheil zurück, und die Frau kann auch ein Interesse haben, daß die Gütergemeinschaft fortbestehe, sie muß daher die Absonderung bestimmt begehren. Der Herr Gegner stellt dieses Erforderniß nicht in Abrede, er sagt nur, in der Entschlagung von der Gütergemeinschaft liege der Antrag auf Vermögensabsonderung. Allein die Anträge der Parteien anders auszulegen, als sie ausdrücklich lauten, ist gegen die Regel, daß der Richter das nicht zusprechen darf, um was nicht gebeten ist (P. O. §. 376). Bittet nun eine Frau nicht um Vermögensabsonderung, so darf sie der Richter auch nicht aussprechen, oder umgekehrt, der Richter darf die Vermögensabsonderung nicht erkennen, wenn die Frau nur um Entschlagung gebeten hat, welche gemäß der Vorschrift des L. R. S. 1453 wirkungslos bleibt, so lange die Güteregemeinschaft nicht aufgelöst ist, welche Entschlagung also auch der Richter nicht berücksichtigen darf.

Wollte man jedoch diese Erklärung der Entschlagung, den genannten Grundsätzen entgegen, als einen Antrag auf Vermögensabsonderung betrachten, so muß doch immerhin

ad 2. der richterliche Ausspruch, daß die Vermögensabsonderung zugelassen sei, erfolgen. Der Herr Gegner sagt, kein Gesetz schreibe vor, daß ein Urtheil ergehen müsse des Inhalts: „In Sachen u. s. w. wird auf gepflogene Verhandlungen zu Recht erkannt, daß die Vermögensabsonderung Statt finde.“ Allein wenn auch das Gesetz nicht sagt, wie das Urtheil abgefaßt seyn müsse, so sagt es doch — und dies giebt ja der Herr Gegner zu — daß die Vermögensabsonderung richterlich erkannt werden müsse. Welche Form der Abfassung dabei nöthig sei, dies findet sich in der Prozeßordnung; und da wird denn, man mag die Absonderung in Form eines Urtheils, oder in Decretsform aussprechen, immerhin erfordert, daß der richterliche Ausspruch deutlich und bestimmt sei und nichts zusprechе, um was nicht gebeten ist; folglich muß eine richterliche Verfügung ergehen, welche ausdrücklich die Vermögensabsonderung erkennt oder zuläßt. Die Location der Forderungen der Ehefrau sagt nichts von der Vermögensabsonderung, sie kann also nicht als eine solche Verfügung gelten; denn das Locationserkenntniß ist eine Verfügung, welche entweder gemäß L. R. S. 1444 der erkannten Vermögensabsonderung nachfolgt, daher nicht eins und dasselbe ist, oder welche auch Statt haben kann bei gar nicht erfolgter Vermögensabsonderung, also durchaus unabhängig von dem Ausspruche der Vermögensabsonderung ist, in dem Falle nämlich, wenn die Frau ihre Liegenschaften, die ja nicht in die Gemeinschaften gehören, jure separationis aus der Gantmasse zurückfordert, ohne die Vermögensabsonderung verlangt zu haben, wie auch der L. R. S. 1446 einen solchen Fall unterstellt, und wie ich dies in meinem Aufsatze Nr. 40 näher erläutert habe.

Die L. R. SS. 1443, 1444 und 1445 verlangen ausdrücklich, daß der Richter die Vermögensabsonderung ausspreche, und dieser richterliche Act, durch welchen die Frau den Beweis der Vermögensabsonderung und der Auflösung der Gütergemeinschaft führt, soll nur durch eine andere öffentliche Urkunde, wie der L. R. S. 1451 es vorschreibt, wieder aufgehoben oder unwirksam gemacht werden können.

Ad 3. Da der Herr Gegner den Vollzug nicht beanstandet und hiermegen keine Einwürfe gemacht sind, so wende ich mich

Ad 4. Daß der L. R. S. 1445 etwas Unmögliches verlange, kann ich nicht einsehen. Er verlangt öffentliche Bekanntmachung. Diese geschieht nach unserer Prozeßordnung durch Einrückung in ein Verkündungsblatt, wie in den Fällen der §§. 275, 854, 915 der P. O.; und so ist es auch vor Einführung der neuen Prozeßordnung mit den öffentlichen Bekanntmachungen immer gehalten worden. Die Nothwendigkeit dieser Verkündung der Vermögensabsonderung ist noch ausdrücklich durch einen Justizministerialerlaß

Digitized by Google

vom 7. März 1828, Nr. 1163 eingeschärft, und dazu die Einrückung in das Anzeigeblatt der Provinz geboten. Die Vorschrift des L. R. S. 1445 läßt sich auch selbst durch Anschaffung einer zu solchen Vermögensabsonderungsverkündungen bestimmten Tafel ausführen, da ja diese Anschaffung nicht unter die impossibilia gehört, und ich kann nicht glauben, daß der Herr Gegner nur deshalb die öffentliche Bekanntmachung nach Vorschrift des Satzes 1445 unter die Unmöglichkeiten zählt, und nur deshalb die Vermögensabsonderung nicht verkündet haben will, weil sich seine, in der Gant vor sich gehende, Vermögensabsonderung eigentlich gar nicht verkünden läßt, da er annimmt, daß der Richter nicht nöthig habe, die Vermögensabsonderung ausdrücklich auszusprechen, da das Locationserkenntniß, welches statt des Vermögensabsonderungserkenntnisses gelten soll, von der Vermögensabsonderung ebenfalls schweigt, und da das, was der Richter nicht ausspricht, freilich nicht bekannt gemacht werden kann.

Hiernach steht fest, daß die in dem Landrechte enthaltenen Vorschriften über Vermögensabsonderung noch jetzt beobachtet werden müssen, und daß weder durch Gerichtsgebrauch, noch durch Herkommen ein anderes Verfahren eingeführt werden konnte, was durch die L. R. SS. 5 und 6 d. ausdrücklich verboten ist, und gegen welches, klaren Gesetzen zuwiderlaufende, Verfahren anzukämpfen den Richter nicht die Liebhaberei zum Neuen und Ueberraschenden, sondern allein die Liebe zur Aufrechthaltung der Gesetze und die innere rechtliche Ueberzeugung anfeuern müssen.

Sommer.

III.

Strafprozeß.

Kann ein Inquirent selbst eine Untersuchung einstweilen suspendiren, wenn alle Materialien erschöpft, aber weder Thatbestand, noch Thäter hergestellt sind? oder muß er die Acten an das Obergericht zur Verfügung einsenden?

Der Unterschied, ob diese Frage nach der ersten oder nach der andern Ansicht beantwortet wird, ist nicht unbedeutend; im letzteren Falle nämlich müssen weit mehr Formalitäten beobachtet werden, als im ersteren, es müssen z. B. alle Zeugen beeidigt, über die Personalien der verdächtigen Individuen weitläufige Kundschaften eingezogen werden u. s. w., wenn auch nach dem Stande der Untersuchung mit größter Sicherheit vorauszusehen ist, daß alles dies keinen Erfolg haben werde.

Da die Frage in der Praxis sehr häufig vorkommt, so stellte ein Untersuchungsrichter deshalb Anfrage an das unterrheinische Hofgericht, und wurde statt der Antwort auf die Justizministerialverordnung vom 17. August 1827, Nr. 3854, im Anz. Bl. 1827, Nr. 72, verwiesen. Diese Verordnung giebt aber nur „Formeln für die lossprechenden Erkenntnisse sowohl, als für andere, die Untersuchung aufhebende, richterliche Beschlüsse"; sie berührt mit keinem Worte die Frage, welches Gericht das suspendirende Erkenntniß zu erlassen habe? — Auch das Str. Ed. §. 16, 17, 18 erwähnt die Frage nicht, weshalb ein Versuch der Beantwortung wohl gerechtfertigt seyn wird.

Bei der Prüfung der Frage zeigt sich bald, daß sie nur so lange zur Sprache kommen kann, als die Untersuchung sich noch in den Gränzen der Generalinquisition bewegt; denn sobald ein bestimmtes Subject als Angeschuldigter behandelt worden ist, so muß dessen Schicksal durch eigentliches Urtheil entschieden, es müssen also die Acten an das höhere Gericht abgegeben werden *). Die Frage ist vielmehr die: wenn der Inquirent nach dem Ergebnisse der erhobenen Beweise, nach vollständig erschöpften Materialien, zu der Ueberzeugung gelangt ist, daß entweder der Thatbestand des Verbrechens nicht hergestellt, oder ein, zur Einleitung der Specialuntersuchung gegen eine bestimmte Person hinreichender, Verdacht nicht vorhanden ist, — darf er dann eigenmächtig die Untersuchung suspendiren, oder ist nur das Hofgericht, als die urtheilende Behörde, hierzu befugt?

Mittermaier **) läugnet die Befugniß des Untersuchungsrichters zur einstweiligen Aufhebung einer Untersuchung, und erklärt ihn für verbunden, die Acten an das urtheilende Gericht einzusenden, gleich viel, ob nach seiner Meinung der Fall sich zu einer Urtheilsfällung, oder zur Erkennung auf Specialuntersuchung eigne, oder nicht. — Diese Ansicht dürfte aber doch wohl nur für die Staaten richtig seyn, in welchen die Specialuntersuchung nur Kraft besondern Erkenntnisses eines Obergerichts eröffnet werden darf (wie z. B. in England, Frankreich, Baiern); hier hat natürlich das letztere allein das Recht, die Eröffnung der Specialuntersuchung anzuordnen, oder aber zu untersagen.

Für die Staaten, in welchen der Inquirent allein sowohl die General-, als die Specialuntersuchung eröffnet, dürfte aber wohl die entgegengesetzte Ansicht den Vorzug verdienen.

In Baden existirt die Trennung von General- und Specialuntersuchung nicht mehr ***), sie giebt sich wenigstens

*) Denn daß nur von solchen Fällen hier die Rede ist, deren endliche Entscheidung den Hofgerichten zusteht, versteht sich wohl von selbst.

**) Strafverfahren, 2. Ausg., Heidelb. 1833, Bd. II, S. 97.

***) Sie ist zwar nicht ausdrücklich, wohl aber stillschweigend, durch die §§. 6, 16, 17, 18 des Str. Ed. aufgehoben, was sich noch besonders dadurch bestätigt, daß jene Zeit, in welcher unser Str. Ed.

Digitized by Google

nicht durch eine in der Mitte liegende interlocutoria zu erkennen, wenn auch ein gewissenhafter Richter sich hüten wird, eine bestimmte Person wegen eines Verbrechens in Untersuchung zu nehmen und als dessen verdächtig zu behandeln, bevor er sich derjenigen Bedingungen versichert hat, welche zur Eröffnung der Specialuntersuchung erfordert werden *). In sofern kann man sagen, die Trennung von General- und Specialuntersuchung sei für den badischen Unterrichter eine Vorschrift der Zweckmäßigkeit, die er nach eigenem Ermessen im einzelnen Falle befolgen oder unbeachtet lassen kann. Steht es nun aber, was unbestritten ist, in der Amtsgewalt des badischen Unterrichters, eine bestimmte Person wegen eines concreten Verbrechens in Anklagestand zu versetzen, also die Specialuntersuchung zu eröffnen, so muß er, nach dem arg. a majore ad minus, um so mehr befugt seyn, die Voruntersuchung einstweilen ganz auszusetzen und gar nicht zu einer Specialuntersuchung überzugehen. Wenn dem Unterrichter unbestritten das Recht zusteht, Verhaftungen, Haussuchungen, Steckbriefe und andere gerichtliche Scheitte anzuordnen, welche die Ehre des dadurch Betroffenen sehr empfindlich angreifen, so muß ihm um so mehr erlaubt seyn, einem Verfahren, das eben so wenig Erfolg geliefert hat, als es solchen für die Zukunft verspricht, den Lebensfaden abzuschneiden. Wer die Offensive nach eigenem Ermessen ergreifen darf, der muß auch nach eigener Beurtheilung die Retirade einschlagen dürfen. Will man aber das Interesse der Gerechtigkeit durch solche Befugniß gefährdet ansehen, indem vielleicht ein Beamter — nachläßiger oder kurzsichtiger, oder gar doloser Weise — eine Untersuchung aufgeben kann, welche bei einsichtiger und energischer Betreibung allerdings zum Ziele führen würde, so erscheint die Entziehung der Möglichkeit zur Begehung dieses Fehlers doch als eine sehr unzureichende Garantie für den Staat, dessen Interesse durch andere Fehler im Untersuchungsverfahren viel schwerer verletzt werden kann; und wenn auch einem derartigen Beamten die Fortsetzung der Untersuchung aufgetragen wird, so hängt die Art des Vollzugs am Ende doch von ihm ab.

Man kann zur Vertheidigung der hier aufgestellten Ansicht selbst auf Ausspüche unseres Strafgesetzes sich berufen. Das Str. Ed. §. 2 und 6 trägt den Bezirksämtern die Untersuchung, §§. 2, 16, 20, den Hofgerichten „die Schöpfung der Urtheile" auf. Also nur Urtheile, nicht aber prozeßleitende Verfügungen, haben die Hofgerichte zu geben. Wie kann man nun den Beschluß, wodurch eine Untersuchung, eben weil sie wegen mangelnder Beweise zu einer Urtheilsfällung sich nicht qualificirt — provisorisch eingestellt wird, ein Urtheil nennen? wie kann man auf Acten, durch welche die Existenz eines bestimmten Verbrechens noch gar nicht hergestellt ist, oder auf kein bestimmtes Individuum ein zur Anklage hinreichender Verdacht geworfen wird, — ein Urtheil, eine Definitivsentenz, bauen? wie kann man verurtheilen oder freisprechen, wo gar Niemand förmlich angeklagt ist? Und doch ist nur das Urtheilen Aufgabe der Hofgerichte, die Sammlung des Materials ist ausschließlich Sache der Aemter; ihnen muß es daher auch zustehen, eine Untersuchung, die zur Urtheilsfällung gar nicht reif ist, zurückzuhalten und bis zur Entdeckung neuer Beweise ruhen zu lassen.

Endlich spricht für die hier vertheidigte Ansicht auch die Geschichte und der Geist des deutschen Untersuchungsprozesses. Dieser ist nämlich in der P. G. O. nur für den Fall zugelassen, wenn kein Ankläger auftritt *), und das öffentliche Interesse doch Verfolgung des Verbrechers fordert **); der Inquirent hat die dreifache Rolle: des Anklägers (s. Anmerk. 5), des Vertheidigers ***) und des eigentlichen Untersuchungsbeamten. Von dieser Ansicht ausgehend bildete die spätere Praxis bis auf die neueste Zeit den Untersuchungsprozeß nach Analogie des älteren Anklageverfahrens aus †), und unser Str.Ed. hat ihm keine andere Richtung gegeben. Stellt nun der Untersuchungsrichter den Ankläger vor, so muß ihm, wie jedem Kläger, doch ganz offenbar das Recht zukommen, seine Anklage zurückzunehmen, d. h. die Untersuchung einzustellen; — eine Befugniß, die dem französischen Staatsanwalt, der doch auch im Interesse der Gerechtigkeit und des Staates zu wirken berufen ist, unbestritten zusteht ††).

Man kann auch nicht sagen, daß der Untersuchungsrichter nur als Beauftragter, als Organ des urtheilenden Gerichtes handle; denn abgesehen davon, daß er dann auch zur Einleitung oder Wiederaufnahme einer Untersuchung oberrichterliche Ermächtigung bedürfe, so müßte eine solche Stellung des Untersuchungsrichters doch aus dem Gesetze begründet werden können, welches aber, in genauer Absonderung (Str.Ed. §. 2) den Aemtern die Untersuchung, den Hofgerichten das Urtheil auferlegt.

K. Ammann.

---

entstand, diese Trennung überhaupt sehr ungünstig war, wie Mittermaier a. a. O. S. 8 bemerkt.

*) Pfister Beim. Fälle, Bd. V, S. 568. Es bedarf kaum einer Erinnerung, daß diese Gewissenspflicht auch eine juristische Seite hat, indem unter Umständen die leichtsinnige oder boshafte Verhängung der Specialuntersuchung über eine Person als Mißbrauch der Amtsgewalt strafbar werden kann.

*) P. G. O. Art. 6. „Item so jemandt eyner übelthat durch gemeynen leumut .... verdacht vnd argkwonig, vnnd derhalb durch die oberkeyt von amptshalben angenommen würde u. s. w." Art. 183. „Ob aber die klag von amptswegen herkeme, vnd nit von sonderlichen anklägern geschehe".

**) P. G. O. Art. 150 a. E.

***) P. G. O. Art. 47. „..... Vnd so der gefangen .... sein vnschuldt anzeygt, solcher angezeygten entschuldigung soll sich alsdann der Richter ... auff das furderlichst erkundigen" u. s. w.

†) Was hier nur angedeutet werden kann, findet man ausführlich entwickelt in Mittermaier's Strafverfahren, Bd. I, S. 125 bis 142, vgl. auch Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl. §. 532 u. ff.

††) Mittermaier a. a. O., Bd. II, S. 116 bei Anm. 4.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 10. | Karlsruhe den 11. März 1837.

I.

Rechtsfall.

Zur Erläuterung des L. R. S. 2102. IV., 2106 sq. und P. O. §. 1072, 1073.

Michael Mützel von Zuzenhausen schuldete der Grundherrschaft von Venningen 15 fl. 27 kr. Im Wege gerichtlichen Zugriffs wurde dem Schuldner ein Stier abgepfändet, dieser öffentlich versteigert und daraus die Summe von 15 fl. 20 kr. erlöst. Nach der Versteigerung überschickte der Vollstreckungsbeamte an Gläubiger zehn Kreuzer mit dem Bemerken: Wolf Judas Gumbel von Hoffenheim hätte den Stier im Steigerungswege an sich gebracht, und da er sich beim Verkaufe desselben an M. Mützel für den Kaufschilling à 14 fl. 30 kr. Eigenthumsrecht vorbehalten habe, und dieser Vorbehalt in das Viehkaufprotokollbuch eingetragen worden sei, so blieben nach Abzug der Steigerungskosten für die Grundherrschaft noch zehn Kreuzer übrig. Das grundherrliche Rentamt, welches die Execution betrieben und erlangt hatte, protestirte bei dem Bezirksamte Sinsheim gegen dieses Verfahren des Bürgermeisters, weil es die gesetzlichen Vorschriften verletze, erhielt aber den amtlichen Bescheid, daß man ihm nicht mehr zu seinem Gelde verhelfen könne, ihm jedoch unbenommen bleibe, den Bürgermeister klagend zu belangen, wenn es damit auszurichten gedenke.

Die Klage wurde angestellt und zu deren Begründung vorgebracht:

1) Wenn ein Dritter auf die Ergebnisse einer Vollstreckung Ansprüche mache, so müßten dieselben vor dem Richter, welcher die Execution verhängte, geltend gemacht werden; es erhebe sich also ein Vorzugsstreit, vor dessen Austragung die Ergebnisse einer Vollstreckung keinem Dritten ausgeliefert werden dürften.

2) Daß in concreto der Bürgermeister brevi manu diesen Vorzugsstreit entschieden habe, und zwar einmal über eine Summe, die außerhalb seiner Competenz liege, zum Andern mit Hintansetzung aller prozessualischen Vorschriften, indem nicht einmal der Gläubiger, welcher die Execution erlangt hatte, vernommen worden sei; daß der Bürgermeister also aus dieser eigenmächtigen widerrechtlichen Handlung dem Gläubiger verhaftet sei.

3) Könnte das Vorzugsrecht des L. R. S. 2102 IV. nicht durch Eintrag in das Viehkaufprotokollbuch gewahrt werden.

Ohne auf diese Gründe einzugehen, erließ das Bezirksamt folgendes Erkenntniß:

In Erwägung, daß aus den bezüglichen Acten nur so viel hervorgeht, daß der frühere Eigenthümer und unbefriedigte Verkäufer des Stieres, Wolf Judas Gumbel von Hoffenheim, den Stier selbst gesteiget und den Steigschilling zu seiner Befriedigung inne behalten hat, nicht aber denselben von dem Bürgermeister ausgeliefert erhalten *).

In Erwägung, daß somit eine widerrechtliche Handlung von Seiten des Bürgermeisters nicht vorliegt.

In Erwägung, daß derselbe aber jedenfalls nur in so weit verhaftet wäre, als vom Schuldner M. Mützel keine Befriedigung zu erhalten wäre.

In Erwägung, daß aber dem Kläger außer der Fahrnißpfändung noch andere Vollstreckungswege offen bleiben, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, wird die Klage, unter Verfällung des Klägers in die Kosten, abgewiesen.

Obgleich es sich hier um eine geringe Summe handelt, so scheint mir der vorliegende Fall doch einige nicht uninteressante Momente darzubieten, deren Beleuchtung in diesen Blättern eine Stelle zu gönnen sein dürfte. — Vorzugsrechte können bei dem Zusammentreffen mehrerer Gläubiger, welche Alle Befriedigung, sei es aus dem ganzen Vermögen des Schuldners, oder einzelnen Vermögensobjecten, suchen, geltend gemacht werden, und zwar in der Gant oder außer derselben. Wenn nun zwei Gläubiger aus einem und demselben Objecte Befriedigung verlangen, so entsteht eine Concurrenz, ein Vorzugsstreit, welchen der competente Rich-

*) Dies möchte keinen Unterschied machen, denn der Bürgermeister als Vollstreckungsbeamter durfte nach den §§ 1001 und 1002 der P. O. den Stier anders als gegen baare Zahlung gar nicht verabfolgen. D. R.

Digitized by Google

ter zu entscheiden hat. Nie und nimmer aber darf das angesprochene Object (resp. sein Surrogat) schlechtweg, und am allerwenigsten von einem Vollstreckungsbeamten, einem der Gläubiger endgültig zugesprochen werden. Und dieser Satz ist hier in concreto um so mehr aufrecht zu halten, als dem Gläubiger, welcher auf dem langsamen Rechtswege endlich bis zur Vollstreckung, also in das zweite und schleppende Stadium der Rechtsverfolgung gelangt ist, ein müßiger Dritter die Früchte prozessualischer Mühen aus den Händen reißen würde. Strikte müssen hier die Vorschriften der P. O. über die Ansprüche Dritter auf die Ergebnisse der Vollstreckung eingehalten werden. Daß aber diese der Richter zu reguliren habe, geht schon aus allgemeinen Rechtsprincipien und aus P. O. §. 1072 und 1073 luce clarior hervor. Das kann keinen Grund abgeben, daß dem Gläubiger noch andere Vollstreckungswege offen stehen, daß er aus der Scylla der Fahrnißpfändung in die Charybdis der Liegenschaftsversteigerung fahren könne, daß der Gläubiger, qui sibi vigilaverit nur für Andere arbeite.

Eine zweite Frage ist die: Unter welchen Voraussetzungen kann das Vorzugsrecht des L. R. S. 2102 IV. geltend gemacht werden?

Dieser L. R. S. sagt: der Kaufschilling unbezahlter Fahrnißstücke genießt eines Vorzugsrechts auf die Fahrnißstücke in der Art:

I. Daß, wenn der Schuldner dieselben noch besitzt, gleichviel ob auf baare Zahlung, oder auf Ziel er verkauft wurde, der Verkäufer vorzugsweise Befriedigung aus diesen Fahrnißstücken ansprechen könne.

II. Daß, wenn blos auf baar Geld, also mit Ausschluß des Zielkaufs, verkauft wurde, dem früheren Eigenthümer während 8 Tagen ein Vindicationsrecht zustehe, vorausgesetzt, daß die Stücke nicht verändert (z. B. aus Getreide Mehl gemacht) wurden, und daß sie noch im Besitze des Käufers sind.

Der Unterschied, den hier das Gesetz zwischen Baarzahlung und Zielkauf macht, hat seinen Grund darin, daß, wenn auf Baarzahlung (sans terme) verkauft und der Preis nicht bezahlt wurde, der Kauf als nicht geschlossen betrachtet wird, und daher der Verkäufer das Recht hat, die veräußerte Sache wieder zurückzufordern (L. R. S. 1184, 1654). Da es sich aber hier um Mobilien handelt, hinsichtlich welcher man ein eigenes Princip (L. R. S. 2279) aufstellte, so wollte man aus Billigkeitsgründen auf der einen, und Berücksichtigung des Verkehrs auf der andern Seite zwar eine Vindication gestatten, sie jedoch an eine kurze Frist bindrn. Vergl. auch L. 19. l. 53. D. de contrah. empt. vend. §. 41 J. de rer. divis. Also die Begünstigung, welche der Kaufschilling unbezahlter Fahrnißstücke genießt, besteht

a) In einem Vorzugsrechte,

b) in der Möglichkeit der Vindication.

Der letzteren konnte in unserem Falle nicht mehr Statt gegeben werden, weil das 8tägige Fatale längst verflossen war, und weil das verkaufte Mobile schon seiner physischen Natur nach sich nicht mehr unverändert in dem früheren Zustande befand.

Sehen wir nunmehr, in wie fern hier ein Vorzugsrecht Statt hatte, und ob es zur Zeit der Versteigerung noch existirte.

Das Vorzugsrecht des Kaufschillings unbezahlter Fahrnißstücke kann nur auf diese, also nicht auf den daraus erlösten Kaufpreis, und nur so lange geltend gemacht werden, als es der Käufer besitzt. Zu seiner Wirksamkeit bedarf es jedoch noch überdies der Eintragung in die öffentlichen Bücher, von welcher unter allen Vorzugsrechten, als Ausnahme von der generellen Regel, nur die des L. R. S. 2101, und selbst diese nur gegenüber anderen Gläubigern, nicht aber gegenüber dritten Erwerbern, und beziehungsweise da, wo ein jus retentionis ausgeübt wird (gage nanti), befreit sind (L. R. S. 2107).

Das Vorzugsrecht des L. R. S. 2102 IV. bedarf also, wenn es gewahrt werden will, einer Eintragung *). Die Art,

*) Die der bisherigen Praxis widersprechende Behauptung, daß das Vorzugsrecht des Fahrnißverkäufers (S. 2102, Nr. 4) zu seiner Wirksamkeit der Eintragung bedürfe, halte ich für unrichtig, und zwar deswegen, weil kein Gesetz eine solche Eintragung vorschreibt, es also dem Richter nicht zustehen kann, ein vom Gesetze nicht vorgeschriebenes Erforderniß aus allgemeinen, blos für den Gesetzgeber erheblichen, Gründen zu statuiren.

In der obigen Ausführung scheint nämlich übersehen zu seyn, daß der S. 2106 u. ff., worauf sich die Eintragungsnothwendigkeit gründen soll, nur von Vorzugsrechten auf Liegenschaften sprechen, wie dies im S. 2106 mit dürren Worten ausgedrückt ist.

Wenn der S. 2106 ausdrücklich nur den Eintrag der „Vorzugsrechte auf Liegenschaften" als Bedingung der Wirksamkeit dieser Vorzugsrechte bezeichnet und der S. 2107 die im S. 2101 aufgeführten Forderungen als die einzigen von dieser Eintragung befreiten erklärt, so ist klar, daß diese Befreiung der Forderungen des S. 2101 nur deren Wirksamkeit auf Liegenschaften im Auge hat.

Die Forderungen des S. 2101 haben nämlich nicht blos, wie jene des S. 2102, ein Vorzugsrecht auf Fahrnisse, sondern, wie der S. 2101 verordnet:

„auf liegende und fahrende Habe zugleich",

und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit auf Liegenschaften wären sie nach der Regel des S. 2106 an die Eintragung gebunden, wenn der S. 2107 sie davon nicht besonders ausgenommen hätte.

Auf die Nothwendigkeit einer Eintragung der blos auf Fahrnisse gehenden Vorzugsrechte des S. 2102 ist aber daraus keinerlei Schluß zu ziehen.

Damit steht auch der S. 2118 a. im Einklange. Nur hinsichtlich

Digitized by Google

wie diese zu geschehen habe, wurde in L. R. S. 2106—2114 darum nicht aufgeführt, weil man nichts Ueberflüssiges sagen wollte, indem in L. R. S. 2074 der Weg angezeigt wurde, den man zu verfolgen habe. Das Gegentheil, es bedürfe dieses Vorzugsrecht keiner Eintragung, wird Niemand behaupten wollen, er würde aus einem falschen prätorischen Billigkeitsgefühl sich über das von Mobilien geltende Grundprincip hinwegsetzen und diese Art Forderungen, unter Hinabdrückung von viel wichtigeren, die einer Menge von Formalien unterliegen, emporheben. Der Wahrung des L. R. S. 2074 ist fragliches Vorzugsrecht aber darum unterworfen, weil dort angegeben wurde, wie unkörperliche Mobilien, unter welche Kategorie dieses Vorzugsrecht gehört, durch Inscription gewahrt werden können. Das Buch für solche Inscriptionen ist aber nicht das aus staats-wirthschaftlichen und polizeilichen Rücksichten schon vor Publication des neuen Landrechts eingeführte Viehkaufprotokollbuch, sondern das im Regierungsblatte von 1826, Nr. X. angeordnete und beschriebene, von den Amtsrevisoraten geführte, Buch. Wendet man das bisher Gesagte, unter steter Berücksichtigung der von Vorzugsrechten geltenden Grundsätze, auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich:

a) Der Verkäufer hätte sein Vorzugsrecht, um es zu wahren, wie angegeben, in das hierzu bestimmte öffentliche Buch eintragen lassen müssen.

b) Bei der Versteigerung mußte Einsprache gegen dieselbe, so weit sie das Fahrnißstück angieng, erhoben und der bessere Anspruch vor dem Richter geltend gemacht werden, vor dessen Entscheidung das Mobile dem Steigerer nicht überliefert werden durfte.

c) Das Vorzugsrecht haftet nur an der Sache, und die Regel: pretium succedit in locum rei, findet bei demselben nicht Statt, weil diese Rechte strictissimae interpretationis sind. Der Verkäufer hatte darum auch keinen vorzüglichen Anspruch weder an den Preis, noch das Mobile; und zwar Letzteres darum, weil er die Steigerung, ohne seine Ansprüche ausdrücklich geltend zu machen, vor sich gehen ließ, und der Käufer (Schuldner) nicht mehr im Besitze war. Hierbei ist es gleichgültig, daß der Steigerer auch zugleich der frühere Verkäufer war, denn dadurch, daß er sein Vorzugsrecht weder gewahrt, noch vor dem Richter geltend gemacht hatte, erscheint er wie jeder fremde Steigerer und kann weder ein Retentionsrecht, dessen Bedingungen nicht vorliegen, noch eine Wettschlagung zum Nachtheile des dritten Gläubigers (L. R. S. 1298) für sich anrufen.

Dr. Fr. Hecker.

II.

Ist unter der Bestimmung des §. 15 der Verfassungsurkunde, daß in Criminalsachen Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe, nur der urtheilende, oder auch der bloße Untersuchungsrichter zu verstehen?

Diese Frage haben unsere Gerichte schon häufig dahin beantwortet, daß der §. 15 der Verfassungsurkunde nur vom urtheilenden Richter verstanden werden könne, weil nur diesem die Befugniß eines Richters zukämen.

Diese Ansicht scheint jedoch aus folgenden Gründen nicht die richtige zu seyn:

Nicht nur derjenige, welcher das Straferkenntniß fällt, ist als Richter zu betrachten, sondern auch der bloße Untersuchungsrichter. Denn auch diesem steht während der Untersuchung, ohne weitere Anfrage bei dem später urtheilenden Richter, die Befugniß zur Entscheidung vieler Fragen, welche die wichtigsten Rechte der Angeschuldigten betreffen, und eine Macht über die Person des Inquisiten zu, welche, wie jene Befugniß, nur in der richterlichen Gewalt des Inquirenten ihren Grund haben kann. Hierher gehören namentlich die persönliche Abhängigkeit des Inquisiten von dem Inquirenten während der ganzen Untersuchung, und die Competenz des Untersuchungsrichters zur Anordnung der Specialuntersuchung (achtes Organisationsedict §. 6), worüber z. B. in Frankreich das Erkenntniß nur der Anklagekammer, einer Section des Appellationshofes (cour royale) zukommt *).

Außerdem dürfte obige Auslegung ihre Widerlegung auch in mehreren Gesetzesstellen finden. Im §. 2, 3, 6, 4, 8, 9, 11 und 18 des achten Organisationsedicts wird nämlich der Untersuchungsrichter ausdrücklich Richter genannt. Da nun der §. 15 der Verfassungsurkunde ganz allgemein vom Richter, folglich von jedem Richter, spricht, so ist auch der in obigen Stellen des achten Organisationsedicts wörtlich als Richter bezeichnete Untersuchungs-

---

der Vorzugsrechte auf Liegenschaften ist zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen ein Unterschied gemacht und den ersteren die dritte, den letzteren aber die vierte Klasse angewiesen (S. 2218 a, Nr. 3 und 4), wogegen unter Nr. 2 die fahrenden Vorzugsgläubiger, ohne Rücksicht auf Eintragung, in die zweite Klasse verwiesen sind. Was aber den S. 2074 betrifft, so spricht er nur von Errichtung eines Faustpfandvertrags, berührt also namentlich das Vorzugsrecht des Fahrnißverkäufers, Verpächters ꝛc. durchaus nicht. Auch ist die im S. 2074 vorgeschriebene öffentliche Fertigung des Faustpfandvertrags oder die Eintragung desselben in ein öffentliches Buch nicht, wie beim Eintrag liegenschaftlicher Vorzugsrechte, das Mittel zur bloßen Bewahrung des anderwärts schon zu Stande gekommenen Faustpfandrechts, sondern es wird dadurch dieses Faustpfandrecht erst constituirt, oder mit anderen Worten: die im S. 2074 bezeichnete Fertigung der Faustpfandverträge bezieht sich auf die Entstehung, und nicht auf die Bewahrung des Vorzugsrechts, ist also gegenüber dem Vorzugsrechte des Verpächters, des Fahrnißverkäufers ꝛc., nur mit dem Pachtverträge, Verkaufsverträge ꝛc., beziehungsweise mit der Vorschrift, wie diese Verträge gefertigt, nicht wie die daraus hervorgehenden Vorzugsrechte bewahrt werden müssen, in Vergleichung zu ziehen. D. R.

*) Code d'instruction criminelle, art. 219 et suiv.

Digitized by Google

richter unter jenem Ausdrucke der Verfassungsurkunde ebenfalls zu verstehen *).

Abgesehen davon, müßte die Ansicht, welche hier widerlegt werden soll, offenbar zu dem Grundsatze führen, daß die Hofgerichte unbedingt das Recht hätten, eine Untersuchung dem competenten Bezirksbeamten abzunehmen und einem andern zu übertragen, während doch der §. 5 des achten Organisationsedicts nur wegen erwiesener Parteilichkeit oder Unfähigkeit des ordentlichen Untersuchungsrichters dem Oberrichter erlaubt, diesen bei Seite zu setzen **).

O. G. Adv. v. Soiron.

III.

Oberhofgericht.

Ist ein Gemeinschuldner befugt, nach erledigtem Concurse schon früher bestandene Ansprüche, welche von der Gantmasse nicht geltend gemacht worden sind, gerichtlich zu verfolgen?

Wohlfart gegen Werbach.

Der Kläger war hauptsächlich wegen eines Rezesses, den er als Kirchen- und Almosenpfleger zu Werbach gemacht hatte, in Vermögenszerfall gerathen. Nach beendigter Gant stellte er gegen die beiden Fonds eine Rückforderungs-, beziehungsweise Entschädigungsklage, an, womit er jedoch vom Unterrichter abgewiesen wurde, weil er vergantet und daher zur gerichtlichen Verfolgung der fraglichen Ansprüche gar nicht befugt sei.

In Folge der vom Kläger eingewandten Berufung setzte das unterrheinische Hofgericht den Klaggrund zum Beweise aus und bemerkte hinsichtlich der Sachlegitimation in den Entscheidungsgründen:

„In Erwägung, daß zwar nach Satz 209 des Handelsrechts und §. 824 der Pr. O. von der Zeit der Ganteröffnung an der Gemeinschuldner der Verwaltung seines ganzen Vermögens Kraft Gesetzes verlustig und dieses zufolge der L. R. SS. 1269 und 2093 in Verbindung mit §. 836 der Pr. O. den Gläubigern zu ihrer Befriedigung anheim gefallen, daß aber der Gemeinschuldner dadurch nicht unfähig gemacht ist, nach erledigter Gant wieder Vermögen zu erwerben, weil sonst den unbefriedigten Gläubigern durch L. R. S. 1270 und §. 938 der Pr. O. das Recht nicht eingeräumt seyn könnte, ihre Ansprüche auf das neu erworbene Vermögen des Schuldners geltend zu machen;"

„in Erwägung, daß daher der Kläger, obgleich früher vergantet, allerdings befugt ist, eine Rückforderungs- oder Entschädigungsklage, welche von seinen Gläubigern nicht geltend gemacht worden, jetzt noch anzustellen ꝛc."

Auf gepflogenes Beweisverfahren ward jedoch der abweisliche Amtsbescheid durch hofgerichtliches Endurtheil lediglich bestätigt.

Nicht besser ergieng es dem Kläger im dritten Rechtszuge, indem dort die Urtheile der beiden vorderen Instanzen bestätigt worden sind. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen wird zuvörderst der Ungrund der Beschwerden des Klägers dargethan und am Schlusse noch hinzugefügt:

„Daß er nach Ansicht des Anhangsatzes 209 und §. 824 der Pr. O., ferner der L. R. SS. 1269 *) und 2093, in Verbindung mit §. 836 der Pr. O., nicht einmal ad causam legitimirt ist, indem, wenn je noch eine Forderung aus diesem Rechtsgeschäfte bestünde, diese nur seinen in Verlust gefallenen Gläubigern zustehen würde."

Hiernach sollte man fast glauben, daß der oberste Gerichtshof auf seine über die Sachlegitimation des Klägers ausgesprochene Ansicht keinen Werth legte, weil er sonst nicht — dem §. 92, Nr. 1 der Pr. O. zuwider — in die Materialien eingegangen seyn würde. Da indessen die auf den nämlichen Gesetzesstellen beruhenden Ansichten der beiden Gerichtshöfe sich direct widersprechen, so scheint die Frage nicht unwichtig: welche von beiden wohl die richtige sei?

Bayer.

*) Es ist wirklich kaum begreiflich, wie die entgegengesetzte Ansicht schon oft Eingang finden konnte. Der Hauptgrund, der aber auch vollkommen entscheidend ist, um die Unterscheidung zwischen dem Untersuchungsrichter und dem urtheilenden Richter zu verwerfen, liegt wohl darin, daß für diese Unterscheidung kein gesetzlicher Grund vorhanden ist. Ohne einen solchen besondern Grund für die Unterscheidung ist es aber nicht erlaubt, eine solche ohne Gesetz willkührlich anzunehmen, und den §. 15 der Verfassungsurkunde, welcher unbestimmt vom Richter spricht, auf den urtheilenden Richter im Gegensatz vom Untersuchungsrichter zu beschränken. D. R.

**) Ist aber ein solcher Fall der Parteilichkeit oder Unfähigkeit vorhanden, oder ist überhaupt nach Maßgabe einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift der Oberrichter ermächtigt, einen andern als den durch die gesetzliche Regel als Untersuchungsrichter bezeichneten Beamten mit der Untersuchung zu beauftragen, so steht der §. 15 der Verfassungsurkunde nicht im Wege. Der ordentliche Richter, von welchem der §. 15 der V. U. spricht, ist kein anderer, als der durch das Gesetz bezeichnete Richter. Es ist durch jenen Ausdruck weder der Richter des Wohnsitzes, noch jener der begangenen That u. dgl. bezeichnet, es bleibt vielmehr der Strafprozeßgesetzgebung überlassen, die Competenz der Richter im Allgemeinen oder Kraft besonderer Commissorien zu bestimmen, und wer Kraft der gesetzlichen Regel oder Kraft eines ihm nach gesetzlicher Vorschrift ertheilten Commissoriums als competent erklärt ist, muß im Sinne des §. 15 der V. U. als der ordentliche Richter gelten, im Gegensatze von einem außerordentlichen Gerichte, welches ohne gesetzliche Ermächtigung nur etwa aus politischen Gründen, oder aus Willkühr, besonders niedergesetzt oder zur Untersuchung, oder zur Aburtheilung einer Sache besonders angewiesen wäre. D. R.

*) Gerade der hier citirte L. R. S. 1269 scheint mir das Gegentheil zu beweisen. Darnach bleibt nämlich der Gantschuldner der Eigenthümer seines Vermögens und die Gläubiger üben nur das Zugriffsrecht durch Veräußerung desselben zu ihrer Befriedigung aus. So weit sie also nicht darauf greifen, so weit sie es nämlich nicht zu der für sie bestimmten Gantmasse ziehen (sei es absichtlich, oder weil sie davon keine Kenntniß haben) bleibt die Verfügung darüber dem Gantschuldner. Gegenüber dem Dritten, der ihm etwas zu bezahlen hat, bleibt der Gantmann so lange der Eigenthümer und der empfangsberechtigte Gläubiger, als nicht der Massepfleger dem Dritten von der Gant, und daß er nun an die Masse zu zahlen habe, Kenntniß gegeben hat. Vgl. den L. R. S. 1242 mit S. 1295, Abs. 2, und 1690 und 1691. D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 11. Karlsruhe den 18. März 1837.

I.

Was hat der Beklagte, welcher eine Einrede auf L. R. S. 1282 oder 1283 gründet, zu beweisen?

Wenn man den Wortlaut der gedachten beiden Gesetze festhält, so ergiebt sich einfach die Entscheidung: es sei darnach zu Begründung der Einrede die Thatsache erfoederlich:

„Daß der Originalschuldschein oder die öffentliche Ausfertigung desselben durch eine Willenshandlung des Gläubigers aus dessen Hand in die des Schuldners zurückgieng."

Da nun zufolge §. 400 der Pr. O. der Beklagte die Thatsachen beweisen muß, welche zu Begründung seiner Einreden und Dupliken rechtlich erforderlich sind, so scheint nichts zuverläßiger, als der Schluß, daß der Beklagte hier folgende Thatsachen beweisen müsse:

1) Daß über ein Rechtsgeschäft, aus welchem seine Verbindlichkeit erwächst, eine bestimmte Urkunde errichtet und dem Gläubiger eingehändigt worden sei.

2) Daß eben diese bestimmte Urkunde durch eine Willenshandlung des Gläubigers aus dessen Hand in die des Schuldners zurückgegangen sei.

Darüber, daß dee erstere Beweis dem Beklagten jedenfalls obliege, ist auch meines Wissens bis jetzt unter den Rechtslehrern kein Zweifel entstanden, dagegen wuede von mehreren französischen Gerichtshöfen und Rechtsgeleheten die Ansicht geltend gemacht, daß dee Beklagte, mindestens in der Regel, vom zweiten Beweise dann frei sei, wenn er sich im Besitze der Urkunde befindet, von welcher anerkannt ist, daß sie sich früher als Schuldtitel in der Hand des Gläubigers befunden hat.

Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich *) auf die Entstehungsgeschichte der Art. 1282 und 83.

Die Artikel, wie solche von der Section im Staatsrathe vorgeschlagen waren, lauteten also:

Art. 1282 (175 im Entwuef).

La remise d'une dette est ou conventionelle, lorsqu'elle est accordée expressement au debiteur par un creancier qui a la capacité d'alliener, ou tacite, lorsque le creancier remet volontairement à son debiteur le titre de l'obligation.

Art. 1283 (178 im Entwurf).

La remise volontaire de la grosse du titre suffit pour faire presumer la remise de la dette ou le paiement.

La preuve que la remise a été volontaire est à la charge du debiteur.

In der Sitzung des Staatsraths vom 25. Brumaire d. J. 12, welche über den L. R. Abschnitt „von Erlassung der Schuld" berathen hat, wurden gleich im Eingange die dee ersten Artikel, und unter ihnen auch der oben zuerst eingerückte (175), ohne Discussion angenommen, über den vierten abee, nämlich den oben eingeeückten Art. 178, erhob sich eine weitläufige Discussion folgenden Inhalts:

Tronchet hält es für unbillig, dem Schuldner den Beweis der freiwilligen Zurückgabe aufzubürden, und glaubt, die Freiwilligkeit sei zu präsumiren, bis der Gläubigee eine dolose Handlung des Schuldnees odee den Verlust beweist.

Treilhaed meint dagegen, es lassen sich außer der feeiwilligen Aushändigung des Gläubigees viele Arten denken, wie der Schuldnee in den Besitz der Urkundenausfertigung kommen könne, deshalb sei es billig, daß, wenn der Schuldner gerade die Willenshandlung des Gläubigers für sich anführe, er diese Thatsache durch Zeugen oder andeee Beweismittel beweise.

Tronchet macht auf die Unmöglichkeit aufmerksam, in welchee sich der Schuldner regelmäßig befinden würde, den Beweis zu füheen, da die Rückgabe der Schuldscheine gewöhnlich unter vier Augen geschehe, wogegen die Ereignisse, durch welche ein Gläubiger sonst aus dem Besitze seines Titels kommen könne, z. B. Betrug oder Gewalt,

*) Vergl. Malleville und Toullier zu diesen Artikeln.

Digitized by Google

immer Spuren für die Beweismöglichkeit darbieten *), und wenn auch das Nämliche beim Verlust der Urkunde nicht der Fall sei, so genüge es an der Aufstellung des Grundsatzes, und könne die Anwendung auf die besonderen Umstände den Gerichten überlassen werden.

Maleville führt an: Vergehen werden nicht vermuthet, wenn also der Gläubiger behaupte, seinen Titel durch Diebstahl, Betrug oder Gewalt verloren zu haben, so müsse er es beweisen.

Berenger verwirft den ganzen Artikel und will die Bestimmung, daß Zahlung oder Erlassung der Schuld nur durch Quittung bewiesen werde, und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil, ob man bei der remissio tacita dem Gläubiger oder dem Schuldner den Beweis auflege, dieser Beweis in sehr vielen Fällen unmöglich seyn wird.

Bigot Preameneu führt hiergegen an, bis dahin habe die Zurückgabe des Titels eine gesetzliche Vermuthung für die Befreiung des Schuldners bewirkt, ohne daß dadurch die Sicherheit der Gläubiger gefährdet worden wäre.

Der Consul Cambaceres macht aufmerksam auf Pothier, welcher zwischen öffentlichen Urkunden, deren Original in der Hand des öffentlichen Beamten bleibt, und zwischen Privaturkunden unterscheidet und nur hinsichtlich der letzteren aus der Zurückgabe des Titels eine Präsumtion für die Befreiung des Schuldners ableitet, während er bei der Zurückgabe der Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde für Begründung jener Vermuthung Unterstützung durch andere Thatsachen verlangt.

Tronchet bemerkt, diese Unterscheidung liege in der Natur der Sache, sie rechtfertige den von der Commission vorgeschlagenen Artikel, welcher bestimme, daß die Rückgabe des Titels, wenn sie allein steht, den Schuldner nicht befreie **).

Treilhard sagt: Die Meinung Pothiers ist die Grundlage der der Section vorgeschlagenen Bestimmung. Nach Pothiers Lehre ist die Zurückgabe einer Privaturkunde Beweis der Befreiung, weil der Gläubiger, indem er sich seines einzigen Titels entäußert, offenbar auf die Forderung verzichtet.

Wenn dagegen die Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde auf andere Weise, als durch freiwillige Herausgabe, in die Hand des Schuldners kam, so ist es dem Gläubiger möglich, sich eine neue Ausfertigung zu verschaffen, und aus diesem Grunde nimmt Pothier mit Recht an, daß aus dem bloßen Besitze der Urkundenausfertigung die Befreiung des Schuldners noch nicht erwächst; die Section hat deshalb im Geiste Pothiers vom Schuldner den Beweis der Freiwilligkeit der Zurückgabe verlangt.

Inzwischen, fährt Treilhard fort, sei das Gewicht der Gegengründe nicht zu verkennen, die Vorschrift des Artikels würde in der Anwendung beinahe illusorisch seyn, deshalb unterstützt er den Antrag Tronchets, wornach die Befreiung des Schuldners eintritt, soferne nicht der Gläubiger beweist, daß die Urkunde wider seinen Willen in des Schuldners Hände kam.

Tronchet fügt bei, der Gesetzgeber müsse Prozesse möglichst abzuschneiden suchen, dieser Zweck werde erreicht, wenn man an den bloßen Besitz der Urkundenausfertigung in so lange gar keine Folgen knüpfe, als nicht andere Umstände diesen Besitz zu einem Beweise der Befreiung erheben; während es im Gegentheil zu Prozessen Anlaß geben würde, wenn man bestimmte, daß der Besitz der Ausfertigung durch den Schuldner diesen Kraft Gesetzes befreie, sofern nicht der Gläubiger die Unfreiwilligkeit der Rückgabe beweise.

Der Consul Cambaceres bemerkt hierauf schließlich:

Der Zweck, Prozesse zu vermeiden, sei für den Gesetzgeber nur ein untergeordneter, welcher hier nicht entscheide; auch die weisesten Vorschriften haben den Fehler, daß sie Prozesse veranlassen, das einzige Mittel, diesen Fehler zu verbessern, seien die Gerichte; es sei also zu untersuchen, ob die vorgeschlagene Bestimmung in sich zweckmäßig sei.

Wenn man die Vorschrift machte, daß die Zurückgabe der Urkundenausfertigung eine Präsumtion für die Befreiung des Schuldners Kraft Gesetzes in so lange wirke, als nicht der Gläubiger sie durch Gegenbeweis entkräfte, so stände zu befürchten, daß die meisten Gläubiger, in Unbekanntschaft mit dieser Wirkung der Urkundenzurückgabe, solche Handlung unbedachtsam vornähmen und dadurch wider Willen ihr Recht verlören, und die Gerichte selbst könnten sogar da, wo sie die Ueberzeugung erhielten, daß es die Absicht des Gläubigers nicht war, den Schuldner zu befreien, dieser ihrer Ueberzeugung keine rechtliche Folge geben, weil sie durch die unbedingte Fassung des Gesetzes gebunden wären. — Die Unterscheidung Pothiers dagegen biete eine natürlichere und sichrere Regel dar.

Die Thatsache der Zurückgabe des Titels könne so viele verschiedene Ursachen haben, daß man sie nicht nothwendig als die Folge einer vertragsweisen Befreiung des Schuldners ansehen müsse.

---

*) Wie oft fehlt es aber bei Diebstahl oder Gewalt an allen Spuren dieser Thatsache? wie selten ist dem Bestohlenen möglich, sich Beweis zu verschaffen? während der zahlende Schuldner fast nie in der Lage ist, sich den Beweis der Zahlung nicht vollständig verschaffen zu können!?

**) Diese Bestimmung enthielt nicht der Vorschlag der Section des Staatsraths, sondern der erste Entwurf der Gesetzgebungskommission, welcher lautete:

„La simple remise de la grosse du titre ne suffit pas pour faire presumer la remise de la dette ou le paiement.“

Digitized by Google

Das römische Recht knüpfte nur eine einfache Vermuthung, keine Gewißheit, daran; aber worin besteht das Wesen dieser Vermuthung? — Es wechselt nach den Umständen: Ist der Titel ein einfacher Schuldschein, so wird vermuthet, der Gläubiger, welcher sich dessen begiebt und damit das einzige Mittel zu Anstellung seiner Klage verliert, habe den Schuldner befreit, diese Vermuthung hat sodann der Gläubiger durch den Beweis widersprechender Thatsachen aufzuheben.

Die Zurückgabe einer Urkundenausfertigung dagegen entscheidet für sich allein noch nichts; der Gläubiger kann hier, in Anbetracht der Möglichkeit, sich eine neue Ausfertigung zu verschaffen, die alte dem Schuldner überlassen, ohne ihn befreien zu wollen.

Da er jedoch auch mit der Zurückgabe die Absicht der Befreiung verbinden konnte, so ergiebt sich daraus der Anfang einer gegen ihn sprechenden Vermuthung, welche durch andere Umstände vervollständigt werden kann; diese Umstände hat dann immer der Schuldner zu beweisen, welcher die Vermuthung für sich anführt.

Nun schloß diese Discussion mit den Worten:

„L'article est adopté avec la distinction établie par Pothier."

Wenn man nun Pothier selbst vergleicht, so findet man, daß er die Unterscheidung in der von Cambaceres angegebenen Art wirklich machte und für den Fall, wo der Schuldner sich im Besitze der Privatschuldverschreibung befindet, an diese Thatsache die Vermuthung der freiwilligen Zurückgabe durch den Gläubiger knüpft; und zwar lediglich unter Anführung des Grundes:

„Weil dies der natürliche Weg ist, auf welchem der Besitz aus der Hand des Gläubigers in jene des Schuldners übergehen konnte" *).

Für den Fall dagegen, daß eine Urkundenausfertigung in Frage liegt, knüpft derselbe nicht die gleiche Folge an den Besitz des Schuldners,

„weil dann die in der Hand des Notars befindliche Urschrift zum Vortheile des Gläubigers zeugt, welchem entweder die Ausfertigung entwendet worden seyn kann, oder der sie, im Vertrauen auf diese Urschrift, dem Schuldner überlassen haben mag."

Für diesen Fall nun verlangt Pothier den Beweis unterstützender Thatsachen auf Seiten des besitzenden Schuldners.

Nimmt man nun an, es sei die Meinung des Staatsrathes gewesen, nicht allein die Unterscheidung Pothiers, sondern auch die von demselben gegebene Entscheidung der unterschiedenen Fragen zu adoptiren, so müßte der zuerst vor dem Beginn der Discussion ohne Debatte angenommene Art. 1282 (175) und der allein debattirte Art. 1283 (178) durch die Bestimmungen ersetzt werden:

a) Daß die freiwillige Zurückgabe einer Privatschuldverschreibung eine Präsumtion für die Befreiung des Schuldners wirke, und daß beim Besitz der Urkunde in der Hand des Schuldners die Vermuthung für die freiwillige Zurückgabe streite.

b) Daß die freiwillige Zurückgabe der Ausfertigung einer öffentlichen Schuldverschreibung jene Präsumtion für sich allein nicht, sondern erst dann wirke, wenn unterstützende Umstände hinzutreten.

Diese Bestimmungen finden wir nun aber in den beiden Artikeln, wie solche der Code enthielt, keineswegs; wir sehen vielmehr den Art. 1282 in der Weise abgeändert, daß er nicht mehr wie in der ursprünglichen Fassung im Allgemeinen von der remissio tacita, sondern nur in specie von der remissio tacita bei Privatschuldverschreibungen spricht, und als Beweis dafür die freiwillige Zurückgabe der Urkunde gelten läßt, ohne zugleich zu bestimmen, daß der Besitz der Urkunde zum Schluß auf freiwillige Zurückgabe berechtige.

Der Art. 1283 hat lediglich die Aenderung erlitten, daß man den Nachsatz, welcher dem Schuldner, der sich im Besitze der Ausfertigung einer öffentlichen Schuldverschreibung befindet, den Beweis der freiwilligen Zurückgabe auflegte, gestrichen und an dessen Stelle die Bestimmung gesetzt hat:

„Daß dem Gläubiger, welcher die Ausfertigung freiwillig zurückgab, der Gegenbeweis, daß die Schuld nicht erlassen oder bezahlt worden sei, vorbehalten bleibe."

Wenn man nun erwägt, daß in der Discussion des Staatsraths Tronchet, welcher den Artikel, wie er von der Section vorgeschlagen war, also den Grundsatz, daß dem Schuldner der Beweis der freiwilligen Zurückgabe obliege, am lebhaftesten bekämpfte, dennoch darauf bestand, daß auch der entgegengesetzte Grundsatz, nämlich daß immer beim Besitze des Schuldners dem Gläubiger der Beweis der Unfreiwilligkeit von seiner Seite obliege, in das Gesetz nicht aufgenommen werde; wenn man dabei die Abstimmung des Consuls berücksichtigt, welcher wegen des für das arbitrium judicis erforderlichen Spielraums sich gegen eine den Richter schlechthin bindende Fassung des Artikels aussprach, so kann man unmöglich annehmen, daß es die Meinung des Gesetzgebers gewesen sei, die nachher bei der Redaction der beiden Artikel gebrauchten Ausdrücke „freiwillige Zurückgabe" als gleichbedeutend mit Besitz des Schuldtitels oder der Ausfertigung zu gebrauchen. Denn wenn gleich in den Erörterungen der Mitglieder des Staatsraths sowohl, als in der ihnen zum Grunde liegenden Abhand-

*) Pothier Traité des obl. Nr. 609.

Digitized by Google

lung von Pothier diese zwei himmelweit verschiedenen Thatsachen einige Mal mit einander verwechselt werden, so darf man doch nicht annehmen, daß dieselbe nicht von allen Stimmführern getheilte Begriffsvermischung auch in das Gesetz selbst übergetragen werden wollte, sondern, da nun einmal auf der einen Seite der Staatsrath beschlossen hatte, die Artikel der von Pothier gemachten Unterscheidung anzunehmen, auf der andern Seite aber der Code, wie er als promulgirtes Gesetz vorliegt, die Unterscheidung Pothiers zwar festhält, die Entscheidung der von Pothier unterschiedenen Fragen aber ganz anders giebt, als solche von Pothier und den einzelnen Stimmführern im Staatsrathe gegeben war, so muß man annehmen, der Gesetzgeber habe die Bestimmungen ganz ihrem Wortlaute gemäß, nämlich dahin geben wollen, daß unter Festhaltung der Pothier'schen Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichen Schuldverschreibungen hinsichtlich der ersten der Beweis, und hinsichtlich der letzten nur eine Präsumtion der stillschweigenden Erlassung oder Zahlung, aus der freiwilligen Zurückgabe der Urkunde und beziehungsweise ihrer Ausfertigung folge, daß aber die Frage, wann der Fall einer freiwilligen Zurückgabe der Urkunde vorliege, und ob solches insbesondere da anzunehmen sei, wo der Schuldner im Besitze der Urkunde ist, — im Gesetze nicht entschieden, sondern der aus den Umständen des einzelnen Falles zu schöpfenden Entscheidung des Richters überlassen werden solle.

Diese Ansicht harmonirt allein mit der Wortfassung der Artikel, und zugleich ist sie in Uebereinstimmung mit der vom Consul Cambaceres am Schlusse der Debatte gemachten Erörterung, welche, obgleich nur in Bezug auf den Art. 1283 gemacht, dennoch, wie die vorliegende Redaction zeigt, auch auf den innigst damit zusammenhängenden Art. 1282 Einfluß hatte, und vernünftigerweise auch nothwendig haben mußte.

Denn wenn es schon auffällt, wie Pothier und mit ihm die geistreichen Mitglieder des Staatsraths bei Erörterung der Vorfrage, welchen Effect die bewiesene Zurückgabe eines Schuldtitels haben solle, ein so großes Gewicht auf die Unterscheidung zwischen öffentlichen und Privaturkunden legen konnten, so ist es vollends ganz unbegreiflich, wie man bei Erörterung der weiteren Frage, welche Wirkung der bloße Besitz der Urkunde durch den Schuldner haben solle, noch einige Rücksicht auf jenen Unterschied nehmen konnte.

Denn wenn man auch mit Pothier und beinahe allen Stimmführern im Staatsrathe den gewagten Satz annehmen wollte, die freiwillige Zurückgabe einer Privaturkunde enthalte den Verzicht auf das Recht unzweideutiger, als die eines öffentlichen Instruments, weil hier das Original noch beim Notar aufbewahrt sei, und sich demnach der Fall denken lasse, daß der Gläubiger, im Vertrauen auf dieses, dem Schuldner die Ausfertigung aushändigte, ohne damit die Absicht der Befreiung des Schuldners zu verbinden, wenn man, sage ich, dieses auch noch zugeben wollte, so ist doch überall nicht abzusehen, warum bei zwei Schuldnern, welche sich blos im Besitze ihrer Schuldverschreibungen befinden, die Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Besitzes für den, welcher unter Privatverschreibung schuldete, stärker seyn sollte, als für den andern. Dieses könnte vom legislativen Standpunkte aus nur dann angenommen werden, wenn im Allgemeinen der rechtswidrige Erwerb einer Privatschuldverschreibung größeren Schwierigkeiten unterläge, als jener von öffentlichen Instrumenten. Dies läßt sich aber durchaus nicht nachweisen, Diebstahl, Gewalt, mißbrauchtes Vertrauen sind bei Privaturkunden eben so leicht, Betrug und Fälschung aber noch weit leichter als bei öffentlichen denkbar!

Es war also ganz angemessen, daß der Gesetzgeber, wenn er nun einmal auf die Unterscheidung Pothiers Werth legte, von derselben doch nur die Entscheidung der legislativen Frage abhängig machte, auf welche sie allein paßte, nicht aber zugleich auch die andere, wesentlich verschiedene Frage, welche mit jener Unterscheidung in gar keinem Zusammenhange steht, daraus entschied.

Aus dieser geschichtlichen Entwickelung der befragten Gesetze ergiebt sich, daß bei deren Abfassung die Absicht des Gesetzgebers nicht war, für den Schuldner, welcher sich im Besitze seines Schuldscheines befindet, um dieses bloßen Besitzes willen eine bestimmte gesetzliche Präsumtion festzusetzen, und es frägt sich nur, ob diese Präsumtion dennoch aus anderen Gründen im Allgemeinen, d. h. als praesumtio juris Statt habe, oder ob nur eine aus besondern thatsächlichen Verhältnissen abzuleitende Vermuthung, eine praesumtio facti, hier eintreten könne.

Für die Existenz einer gesetzlichen Vermuthung wird von mehreren französischen Rechtslehrern *) der Satz angeführt, daß Vergehen nicht vermuthet werden, der rechtswidrige Besitz aber ein Vergehen seyn würde. Allein so wahr dieser Satz ist, so wahr ist es auch, daß überhaupt Thatsachen, gleichviel, ob erlaubte oder unerlaubte, nicht präsumirt werden, sondern von dem, der sie für sich anzieht, bewiesen werden müssen, sofern nicht eine ausdrückliche Ausnahmsbestimmung (praesumtio juris) im Gesetze enthalten ist.

Jener an sich wahre Satz, welcher auch in den Discussionen des Staatsrathes eine Rolle spielt, entscheidet also gar nichts, und es kommt Alles darauf an, ob wirklich ein Gesetz besteht, welches zu Gunsten des seine Schuldverschreibung besitzenden Schuldners eine Befreiung vom Beweise der Thatsache des rechtmäßigen Erwerbs festsetzt.

*) Z. B. Malleville, Delvincourt ad h. a.

Digitized by Google

Daß dieses bei der besondern Lehre der Art. 1282 und 83 nicht geschehen ist, erhellt nicht nur aus dem Bisherigen, sondern es geht auch weiter daraus hervor, daß der Gesetzgeber hier die Festsetzung einer Präsumtion für oder gegen den Besitzer, ohnerachtet die eine und die andere zur Sprache gebracht war, vermied, was wohl in keiner andern, als in der vom Consul Cambacerès bei den Berathungen angedeuteten, Absicht geschehen konnte, hier außer den allgemeinen Beweisregeln nur der richterlichen Vermuthung unter den Voraussetzungen des Art. 1353 Platz zu geben.

Wenn nun aber dieses der Fall ist, wenn angenommen werden muß, der Gesetzgeber habe hier absichtlich die Begründung der Einrede des Schuldners nicht von der bloßen Thatsache des Urkundenbesitzes, sondern von jener der freiwilligen Zurückgabe der Urkunde abhängig gemacht, und er habe ferner absichtlich vermieden, eine Präsumtion für den Besitzer zu constituiren, welche streng logisch mit jener, weit mehr verlangenden, Bestimmung der beiden Artikel im Widerspruche stehen würde, so kann wohl auch nicht angenommen werden, daß es die Meinung des Gesetzgebers war, dieselbe Präsumtion aus den allgemeinen Bestimmungen über die rechtliche Wirkung des Besitzes eintreten zu lassen.

Denn wenn gleich zufolge Art. 2279 bei Fahrnissen im Allgemeinen für den Besitzer eine gesetzliche Vermuthung des rechtmäßigen Erwerbes statuirt ist, so kann doch nach dem bekannten Grundsatze, daß das besondere Gesetz dem allgemeinen derogirt und, nach dem oben entwickelten Sinne der besonderen Bestimmung über den Urkundenbesitz des Schuldners, diese nicht aus jener allgemeineren Regel beschränkt werden.

Wenn der Gesetzgeber bei Abfassung und Promulgation der Art. 1282 und 83 wußte und wissen mußte, daß er im Art. 2279 an den Besitz von Fahrnissen im Allgemeinen eine Präsumtion für die Rechtmäßigkeit desselben knüpfte und dennoch hier, wo der besondere Fall zur Entscheidung vorlag, wenn der Schuldner sich im Besitze seiner Schuldurkunde befindet, solchen Fall nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, unter jene allgemeine Regel stellte, wenn er nicht, wie Malleville meint, daß man eigentlich hätte thun sollen, simpliciter erklärte: „Der Urkundenbesitz des Schuldners wirkt eine Vermuthung für dessen Befreiung," sondern diese Befreiung von einer ganz andern Thatsache, nämlich der freiwilligen Zurückgabe, abhängig machte, so hat er damit, auch abgesehen von den Discussionen des Staatsraths, deutlich genug erklärt, daß er an den bloßen Besitz der Schuldurkunde durch den Schuldner nicht die gleiche gesetzliche Vermuthung, wie an den Besitz anderer Fahrnisse, knüpfen wollte.

Für diese Absicht des Gesetzgebers spricht auch noch die besondere Natur der in Frage liegenden Fahrnißstücke und die Bestimmung des A. H. E. 199, welche für Zettel auf Inhaber, also für die Gattung von Schuldscheinen, welchen das wesentliche Merkmal der Unterscheidung von anderen Fahrnissen abgeht, die Regel des Art. 2279 wiederherstellt.

Aus diesen Gründen dürfte die oben aufgeworfene Frage dahin zu entscheiden seyn, daß der Schuldner, welcher eine Einrede auf L. R. S. 1282 oder 1283 gründet, nicht blos den Besitz der Schuldurkunde, sondern auch die Thatsache beweisen müsse, daß er diesen Besitz durch eine Willenshandlung des Gläubigers erlangte.

Wenn er aber diesen Beweis geführt hat, so wirkt derselbe nach dem Buchstaben der genannten Gesetze, hinsichtlich der Schulden auf Privaturkunden, eine Praesumtio juris et de jure, hinsichtlich jener auf öffentliche Urkunden dagegen eine einfache, Gegenbeweis zulassende, Rechtsvermuthung.

Eben in dieser Rechtswirkung des geforderten Beweises liegt denn auch noch eine Bestätigung der Ansicht, daß es die Absicht des Gesetzgebers schlechterdings nicht seyn konnte, bei Privaturkunden den bloßen Besitz der freiwilligen Zurückgabe gleichzustellen; denn da hier aller Gegenbeweis ausgeschlossen ist, so würde selbst der Gläubiger, welcher behauptet, daß ihm die Urkunde abhanden gekommen sei, selbst zum Beweise dieser Thatsachen mindestens dann nicht gelassen werden dürfen, wenn der Verlust oder Diebstahl schon drei Jahre früher Statt gehabt hätte (Art. 2279).

Wenn man nach dieser Auslegung die gedachten L. R. Sätze hart nennen will, so kann ich diese Härte nicht sowohl in Bezug auf den Schuldner, als vielmehr in Bezug auf den Gläubiger finden; denn auf der einen Seite liegt in der Vorschrift, daß der Schuldner, welcher zahlt oder sonst befreit wird, für den Beweis dieser Thatsache in Zeiten sorgen solle, offenbar keine härtere Zumuthung, als in der Bestimmung, welche dem Gläubiger dieselbe Sorgfalt beim Ausleihen von Geldern auferlegt.

Wenn der Schuldner ohne hinreichenden Beweis zahlt und nachher in die Lage kommt, die Auflösung der Verbindlichkeit nicht beweisen zu können, so trägt er nur sein eigenes Verschulden, ganz wie der Gläubiger, welcher im Vertrauen auf seinen Schuldner ohne Urkunde creditirte.

Die Beschränkung der Einrede der Art. 1282 und 83 auf die Fälle, wo die freiwillige Zurückgabe wirklich bewiesen wird, ist auch keineswegs von der Art, daß dadurch die ganze Vorschrift illusorisch würde, wie einige Stimmführer im Staatsrathe meinten.

Wenn man auch die dort geltend gemachte Behauptung, daß die Tilgung der Schulden und Zurückgabe der Titel meistens unter vier Augen geschehe, unbedingt als wahr annehmen will, so ist zu bedenken, daß gerade in diesen Fällen auch immer die Möglichkeit, sich Quittung zu ver-

Digitized by Google

schaffen, für den Schuldner vorhanden, also gar kein Anlaß ist, ihn, wenn er von dieser Gelegenheit keinen Gebrauch macht, durch eine Präsumtion in Schutz zu nehmen. Wer mit Jemandem in Vertragsverhältnisse tritt und da, wo ihm die Sorge für Beweis möglich ist, solche unterläßt, macht damit sein Recht im Voraus von dem Gewissen seines Contrahenten abhängig, und wenn er nachher in die Lage kommt, von diesem Gewissen auch durch Eidesdelation seine Entscheidung zu nehmen, so ist dies keine Illusion, sondern das wahre, schon bei der Vertragsschließung beabsichtigte, Recht.

Eine Härte gegen den Gläubiger bleibt es dagegen immer noch, daß er, sobald die freiwillige Zurückgabe einer Privaturkunde gegen ihn bewiesen ist, nach der strengen Präsumtion des Art. 1282 schlechthin sein Recht verliert und, mindestens nach badischem Rechte (Art. 1360 a.), sich nicht einmal durch eine Eideszuschiebung helfen kann, wenn er dem Schuldner seinen Schuldschein zu ganz anderen Zwecken, als zur Befreiung von der Schuld, freiwillig eingehändigt und dabei versäumt hat, für den Beweis der besonderen Uebereinkunft zu sorgen.

Trefurt.

II.

Zur Fortsetzung des in Nr. 41 und 42 der Annalen von 1836 mitgetheilten Ehescheidungsfalles.

Nachdem das Großh. Oberhofgericht die von Georg Reu gegen seine Ehefrau erhobene Scheidungsklage aus den in Nr. 41 und 42 der Annalen von 1836 entwickelten Gründen mittelst Reformation des hofgerichtlichen Erkenntnisses verworfen hatte, trug der Mann bei dem Amte neuerdings darauf an, daß die Frau genöthigt werde, in seine Wohnung zurückzukehren und die Ehe fortzusetzen. Das Amt erließ auch eine Verfügung, welche die Erreichung dieses Begehrens bezwecken sollte. Die Frau war jedoch zur Folgeleistung nicht bereit und ergriff den Recurs gegen jene Verfügung. Der Recurs wurde vor dem Amte ausgeführt und an die Großh. Kreisregierung gerichtet. Das Amt legte jedoch die Acten dem Hofgerichte zur Entscheidung vor.

Nach einer längeren Discussion darüber, was nun wohl die Folge jenes, die Scheidungsklage abweisenden, oberhofgerichtlichen Erkenntnisses seyn könnte, ob insbesondere gegen die Frau nochmals Zwangsmaßregeln zulässig seien, um sie zur Rückkehr in die Wohnung des Mannes zu bewegen, und ob das Hofgericht überhaupt competent sei, über die eben gedachte Frage zu entscheiden, wurde durch die Majorität zu dem Auskunftsmittel gegriffen: „weil der Recurs nicht an das Hofgericht, sondern an die Kreisregierung gerichtet sei, das Amt anzuweisen, die Acten der gedachten Behörde vorzulegen.“

Es läßt sich nun erwarten, daß die Großh. Kreisregierung sich nicht für ermächtigt erachten werde, über die Hauptsache zu entscheiden.

Denn nach §. 59 der Eheordnung sind zwar sämmtliche Ehesachen, auch die entstehenden Streitigkeiten mit inbegriffen, als Gegenstand der polizeilichen Gewalt anzusehen, allein in dem Erläuterungsedicte vom 19. September 1807 (Rggsbl. Nr. XXIII.) wurden für alles, was Leitung und Auflösung geschlossener Ehen betrifft, die Hofgerichte als die Oberpolizeibehörden erklärt.

Unter die Leitung einer geschlossenen Ehe gehört nun unbezweifelbar der Fall, wenn der eine Ehegatte sich weigert, die aus der Eingehung der Ehe für ihn entsprungenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, und der andere Ehegatte auf dieser Erfüllung besteht. — Die erwähnten älteren polizeilichen Vorschriften haben hinsichtlich ihrer Wirksamkeit durch Einführung des Landrechts keine Abänderung erlitten (L. R. S. 311 a). Das Hofgericht würde daher auch im vorliegenden Falle allein competent seyn, über das Materielle der von der Frau ergriffenen Berufung gegen die amtliche Zwangsverfügung zu erkennen.

Was nun die Hauptfrage betrifft, ob noch weitere Zwangsmaßregeln zulässig seien, so wird man solche mit „Nein“ beantworten müssen.

Denn nach dem, bis jetzt noch nicht ausdrücklich für aufgehoben erklärten, §. 43 der Hofrathsinstruction, welcher die Oberpolizeibehörde immer noch in so weit leiten muß, als neuere gesetzliche Vorschriften nicht abändernde Bestimmungen getroffen haben sollten, darf nur ein dreimaliges gesteigertes polizeiliches Zwangsverfahren gegen den widerstrebenden Ehegatten Statt finden; und die Eheordnung in §. 27 gebietet nur, daß nach fruchtloser Ermahnung der Seelsorger und Sittengerichte ahndende Zurechtweisung der Unterpolizeibehörde und zuletzt abhülfliche Erörterung bei der Oberpolizeibehörde (hier dem Hofgerichte) eintrete.

Sie gestattet zwar der letzteren, selbst bis auf einjährigen Verhaft in einem Besserungshause zu erkennen. Doch ist es gerade nicht nothwendig, daß dieses Maximum des Verhafts verfügt seyn müsse. Auch gelindere Zwangsmaßregeln, wenn deren nur mehrmals und zuletzt solche von der Oberpolizeibehörde versucht wurden, genügen zu dem Beweise, daß der widerstrebende Gatte nicht gebeugt werden könne. Im vorliegenden Falle hatten nun alle genannten Behörden das Ihre gethan, ehe die Scheidungsklage erhoben wurde. — Es würde aber der Absicht des Gesetzes, welches durch die Anwendung gesteigerter Correction Ueberzeugung gewähren will, ob die Aussöhnung möglich sei, widerstreiten, wenn man, nach Abweisung jener Klage und nach den vorher schon stufenweise gemachten, durch die Klage nicht als unterbrochen anzusehenden, Beugungsver-

Digitized by Google

suchen wieder damit von vorne anfangen wollte. Wäre Letzteres zuläßig, so müßte man auch eben so oft, als die Zwangsgrade erschöpft sind und der eine Gatte wieder anruft, immer wieder mit jenen Versuchen beginnen und dieses Verfahren so lange fortsetzen, als der andere Gatte die Rückkehr verweigert, so daß der Letztere in die Lage kommen könnte, den ganzen Rest seines Lebens, mit kurzen Unterbrechungen, im Kerker zubringen zu müssen. Dieses wäre aber gewiß eine härtere Pein, als sie die Scheidung aus irgend einer Ursache zur Folge haben würde. Eine solche Peinigung würde weder in der Staatspolitik, noch in irgend einer Gesetzgebung eine Stütze finden; eine solche unerhörte Art der Execution könnte keinen andern Erfolg, als Verzweiflung und Selbstmord haben.

Es sagt daher die (gleichviel ob mit oder ohne Gesetzeskraft begabte) Verordnung vom 4. November 1812 (Rggsbl. Nr. XXXIII.) in ihrem §. 8 nichts, als was sich vernünftiger Weise von selbst versteht, daß, sofern die Stufenleiter der Zwangsmittel erstiegen ist, nunmehr das Zwangsverfahren ein Ende habe.

Ist dieses der Fall, so muß jetzt, nachdem die Scheidungsklage vom Großh. Oberhofgerichte verworfen worden ist, das getrennte Leben der Ehegatten — so sittenwidrig ein solcher Zustand auch seyn mag — in so lange gut geheißen werden, als nicht eine neue Scheidungsklage mit besserem Erfolge erhoben werden oder der Tod als Mittelsperson auftreten sollte.

Anmerkung. Für die Zuläßigkeit der Scheidung im fraglichen Falle will ich nur noch die Andeutung mir erlauben, daß allenfalls aus dem L. R. S. 1184 sich ein Argument ableiten lassen dürfte. Die Ehe erscheint nämlich, vom Gesichtspunkte des Civilrechts betrachtet, als ein doppelseitiger Vertrag (L. R. S. 1102). Weigert sich die Frau, die Ehe fortzusetzen und dem Manne in seine Wohnung zu folgen, wozu sie der L. R. S. 214 verpflichtet, der ihr bei der Trauung durch den bürgerlichen Staatsbeamten (nach L. R. S. 75) vorgelesen wurde, und den sie durch Ertheilung ihres Consenses zu Eingehung der Ehe zu beobachten versprach, — so befindet sie sich in der Lage, wie Jeder, der seinem Versprechen kein Genüge leistet und nach L. R. S. 1184 auf Erfüllung oder Vertragsauflösung belangt werden kann. Die Erfüllung hat durch die gegen die Frau angewendeten erlaubten polizeilichen Zwangsmittel nicht erreicht werden können, es blieb also nur das Gesuch um Vertragsauflösung übrig, das durch die Scheidungsklage verfolgt werden sollte.

Die Verordnung vom 4. November 1812 würde daher, statt des angerufenen Satzes 1142 über Entschädigung wegen nicht erfüllter Verbindlichkeiten, sich passender auf den Satz 1184 berufen haben. Kirn.

III.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über die Beweislichkeit eines Vergleichs durch Eideszuschiebung, unter Bezug auf den Rechtsfall in den Annalen 1834, Nr. 29. III. und 1835, Nr. 32. III.

In dem Rechtsfalle von 1834 wird die Unerweislichkeit des nicht schriftlich abgefaßten Vergleichs durch Eid behauptet und unter anderen Gründen angeführt, daß diese Unzuläßigkeit der Eideszuschiebung auch aus der Aufhebung des L. R. S. 1360 b. folge. Von dem Hofgerichte in Mannheim wurde dieser Grund nicht als rechtlicher Entscheidungsgrund angenommen, dagegen hat ihn das Oberhofgericht in seiner Entscheidung in den Annalen 1835 adoptirt.

In einem Rechtsstreite über eine Forderung im Executivprozesse behauptete nun Kläger, daß eine vom Beklagten vorgebrachte und mit dem Haupteide zu erweisende Einrede einen Vergleich enthalte, der nicht schriftlich abgeschlossen worden seie, und daher nicht durch Eid erwiesen werden könne. Da aber das Rechtsverhältniß der Einrede darin bestand, daß Beklagter behauptete, es seie zwischen ihm und dem Kläger ausgemacht worden, daß die früher unbetagte und unversicherte Schuld nunmehr an eine Aufkündigungsfeist von einem Vierteljahre gebunden seyn und von dem Beklagten ein Unterpfand gestellt werden solle, in dessen Ausfertigung er jetzt begriffen seie, so nahm man, da irgend eine Bestreitung der Forderung nirgends vorlag, nicht an, daß hier ein Vergleich zwischen den Parteien geschlossen worden seie, sondern man fand darin nur eine Fristgestattung des Gläubigers und eine Verwandlung der unbetagten unversicherten Schuld in eine betagte versicherte, was durch Eideszuschiebung schlechthin zu beweisen war.

Allein auch wenn ein Vergleich vorläge, nahm man dessen Erweislichkeit durch Eideszuschiebung an und begründete deren Zuläßigkeit gerade hauptsächlich aus der Wiederaufhebung des L. R. S. 1360 b., wobei man freilich im directesten Widerspruche mit dem Oberhofgerichte steht, welches die Unzuläßigkeit aus dieser Aufhebung behauptete. Wer nun Recht dabei hat, das mag der Leser beurtheilen.

Außer den folgenden Entscheidungsgründen will ich übrigens noch bemerken, daß mir die Entscheidungsgründe des Hofgerichts in Mannheim *) in keiner Weise genügend erscheinen. Wenn von der Absicht des Gesetzgebers gesprochen wird, daß er durch Scheistlichkeit der Vergleiche wieder neuen Prozessen vorbeugen wollte, so führt dieses zu nichts,

*) Annalen 1834, S. 176.

Digitized by Google

denn mit der Schriftlichkeit wird diese Absicht auch nicht erreicht, wie jeder Practiker daraus entnimmt, daß gerade aus den schriftlichen Vergleichen wieder so viele Rechtsstreite über ihre Absicht und ihren Inhalt entstehen. Ueberdies hat das Landrecht bei der Begünstigung der Schriftlichkeit überhaupt diese Absicht, Sicherung der Verträge, und daraus konnte man also die Unzulässigkeit des Eides in allen Verträgen ableiten. Daß aber die Sätze 1358 und 1360 des Landrechts und §. 568 der P. O. nichts gälten, weil sie nur vorschreiben, was der Regel nach gelten soll, ist eine mit nichts zu begründende Behauptung. Sie führt aber auch zu nichts, denn das, was nach der Regel gelten soll, gilt jedenfalls so lange, als nicht eine Ausnahme nachgewiesen ist, und diese ist, wenn man nicht Ausnahmen von der Regel des Gesetzes willkührlich unterstellen will, nirgends für den Vergleich vorgeschrieben. Daß aber, weil der Vergleich ohne die Einwilligung aller Teanssgenten nicht besteht, die Einwilligung des Einen durch den Eid nicht bewiesen werden könne, ist ein höchst sonderbarer Grund, denn derjenige, welcher den Eid über einen Vergleich zuschiebt, behauptet doch dabei natürlicher Weise seine Zustimmung in den Vergleich nach Inhalt des Eides, und die Zustimmung des Andern sucht er nun durch den Eid zu beweisen. Wird er verweigert, so hat er ja gerade bewiesen, daß der Andere auch zustimmte.

Die betreffenden Entscheidungsgründe lauten, wie folgt:

Wenn auch der L. R. S. 2044 vorschreibt, daß der Vergleich schriftlich abgefaßt werden müsse, so ist dieses denn doch keine Bedingung der Gültigkeit des Vergleichs, sondern auch der mündlich abgeschlossene, jedoch eingestandene, Vergleich ist gültig. So wie man aber die Gültigkeit des eingestandenen mündlichen Vergleichs zugiebt, giebt man auch zu, daß die Schriftlichkeit des Vergleiches nichts Wesentliches, bei Bedingung der Nichtigkeit Bestehendes ist, wie z. B. bei einer mündlichen Schenkung, die auch eingestanden ungültig ist, so daß es sich daher immer noch fragt, ob der in sich nicht ungültige mündliche Vergleich nicht auch auf andere Weise, als das Geständniß, bewiesen werden kann. Nun setzt aber der L. R. S. 1358 fest, daß man den Eid über jede Art von Streitigkeit dem Gegner zuschieben könne, also auch über die Streitigkeit eines Vergleichsabschlusses, ja der, gleiche Vorschrift enthaltende, §. 568 der P. O. nimmt davon nur die Streitigkeiten allein aus, über welche man sich nicht vergleichen kann, und da es nun nicht bezweifelt werden darf, daß man sich über einen abgeschlossenen Vergleich, der Gegenstand eines Streites geworden ist, wieder vergleichen kann, so kann es auch nicht bezweifelt werden, daß man über einen mündlichen Vergleich, dessen durchaus bestehende Richtigkeit das Gesetz nicht vorgeschrieben hat, sich auch der Eideszuschiebung bedienen kann.

Wie aber aus der Aufhebung des L. R. S. 1360 a. die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung bei Vergleichen folgen kann, ist nicht abzusehen. Hält man sich hierbei allein an das Gesetz, so wird man zugeben, daß das Landrecht, was zur Anwendung kommen soll, nicht das des I. Einführungsedicts, sondern das des II. Einführungsedicts ist, und damit ist genugsam ausgesprochen, daß die Absicht des Gesetzgebers die war, es hinsichtlich der Vorschrift dieses Zusatzes bei dem Gesetze in seinen Urartikeln zu lassen. Der Zusatz 1360 b. konnte aber natürlicher Weise nur etwas enthalten, was überhaupt nicht schon in den Urartikeln des Landrechts stand, oder er konnte nur etwas darin schon Enthaltene anders bestimmen oder vervollständigen, und so wie nun der Gesetzgeber bei wirklicher Einführung des Gesetzes sagte, daß der Zusatz cassiret werde, so hat er vorgeschrieben, daß er nicht bestehen, also aus ihm nichts gefolgert werden soll, folgeweise es bei dem Gesetze, als solchem, verbleiben solle. Welche Absicht den Gesetzgeber bei Einführung des S. 1360 geleitet habe, ist zur Anwendung des jetzigen Landrechts ganz unerheblich, weil es gewiß ist, daß der L. R. S. 1360 b. nicht mehr besteht, folgeweise auch bewiesen ist, daß der Gesetzgeber seine damit bezweckte Absicht selbst geändert hat, und wenn es wahr ist, daß der Gesetzgeber bei Einführung des L. R. S. 1360 b. die Meinung hatte, daß man bei seiner Wirksamkeit über mündliche Vergleiche, als solche, einen Eid nicht zuschieben könne, so ist die Aufhebung des Satzes 1360 b. gerade der logische Beweis, daß er von dieser Meinung zurückkommen wollte, und auch wirklich zurückgekommen ist. Gerade dieses führt auch Brauer hinsichtlich der Aufhebung des S. 1360 b. in seinen Erläut. IV, S. 587 aus, und wenn man also noch sogar die Absicht der Aufhebung des S. 1360 b. weiß, wenn man weiß, daß man auch bei schriftlich zu verfassenden Verträgen da, wo die Schriftlichkeit nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, die Eideszuschiebung auch ohne Rücksicht und ohne Beziehung auf die Schriftlichkeit des Vertrags zulassen wollte, so ist es wohl ohne allen Grund, zu behaupten, daß aus dieser Aufhebung des S. 1360 b. nun die Unzulässigkeit des Eides folge, welche doch sonst nirgends im jetzt bestehenden Gesetze begründet ist. Aber auch unrichtig ist es, daß der Gesetzgeber bei Einführung des S. 1360 b. die Meinung gehabt habe, daß bei schriftlichen Verträgen, wie der Vergleich einer ist, schon nach den Urartikeln des Landrechts der Beweis des an Schriftlichkeit gebundenen Vertrags nicht durch Eideszuschiebung Statt finden könne, vielmehr hatte er bei Einführung des L. R. S. 1360 b. gerade angenommen, daß diese Eideszuschiebung ohne Rücksicht auf die Schriftlichkeit nach den Sätzen des Landrechts Statt finde, wie man sich aus Brauers Erläut. des L. R. S. 1341, Nr. 236 hinreichend überzeugen kann, und gerade um dieses abzuändern, um nämlich eine Eideszuschiebung über einen an Schriftlichkeit gebundenen Eid, ohne Rücksicht auf die Schriftlichkeit, nicht zuzulassen, hatte man den S. 1360 b. eingeführt. Und da nun dieser Satz 1360 b. wieder aufgehoben wurde, so ist gerade bewiesen, daß jetzt ein Eid über einen an Schriftlichkeit gebundenen Vertrag, ohne Rücksicht auf die Schriftlichkeit, zugeschoben, demnach der mündliche, als solcher nicht ungültige, Vergleich durch Eideszuschiebung bewiesen werden kann. Die Bedingung des S. 1360 b., daß man bei dergleichen Verträgen die schriftliche Abfassung mit in den Eid aufnehmen müsse, umfaßt ja nothwendiger Weise die Vorschrift, daß also ein Eid bei dergleichen Verträgen, ohne Rücksicht auf Schriftlichkeit, unzulässig sei, denn dieses ist der beabsichtigte Zweck des Gesetzgebers, und wäre dieser schon im Landrechte selbst bestanden, so wäre der Zusatz 1360 b. gar nicht nothwendig gewesen. Es mußte also auch, wenn das unter den Parteien abgeschlossene Rechtsgeschäft ein Vergleich wäre, auf den zugeschobenen erheblichen Eid erkannt werden.

Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 12. | Karlsruhe den 25. März 1837.

I.

Oberhofgericht.

Ueber ausschließliche Schafweidegerechtigkeit.

Leiningen gegen Schillingstadt.

Zu Anfang des Jahres 1833 hatte die Gemeinde Schillingstadt eine Schäferei errichtet und die Heerde auf ihre Gemarkung ausgetrieben. Dadurch glaubte sich die fürstliche Standesherrschaft Leiningen in ihrer hergebrachten Weideberechtigung auf gedachter Markung beeinträchtigt und erhob daher im Februar 1833 bei dem Amte Borberg eine petitorische Klage, worin gebeten ward:

„Die beklagte Gemeinde zur Einstellung der angefangenen Mitweide bei Strafvermeidung und zur Wiedereinräumung des alleinigen und ausschließlichen Schafweidegenusses der herrschaftlichen Schäferei und endlich zum Ersatze alles der letzteren durch die eigenmächtige Mitweide zugefügten Schadens, so wie in alle Kosten, zu verurtheilen."

Das Untergericht wies jedoch, auf gepflogene Verhandlung, diese Klage durch Bescheid vom 26. August 1834, unter Verfällung des klagenden Theils in sämmtliche Kosten, lediglich ab.

Dieses Erkenntniß wurde in der Appellationsinstanz unterm 19. Dezember 1835 und im letzten Rechtszuge unterm 9. Dezember 1836 seinem ganzen Inhalte nach bestätigt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß das Klagbegehren auf einem, von der fürstlichen Standesherrschaft und ihrem Rechtsvorfahren seit Jahrhunderten angeblich ausgeübten, Alleinbesitz der Schafweide, welcher für sich schon als Rechtstitel einer ausschließlichen Berechtigung gelten soll, gestützt werden will;

in Erwägung nun, daß zwar die Passivlegitimation der beklagten Gemeinde, als solcher, nicht bezweifelt werden kann, weil nur sie es ist, welche die Gemarkung, die als das belastete Gut bezeichnet wird, zu vertreten hat;

in Erwägung aber, daß die Beklagte das ausschließliche Weiderecht sammt allen von der Klägerin dafür angeführten Thatsachen widerspricht und mehr nicht, als ein servitutistisches Weiderecht, zugesteht, welches den Eigenthümer nicht hindere, die Mithut auszuüben;

in Erwägung dagegen, daß die Klägerin in dem Replikssatze behauptet, die fragliche Schäferei sei keine Grunddienstbarkeit, sondern eine für sich selbst bestehende Berechtigung der jeweiligen Grund- und Ortsherrschaft, weil kein herrschendes Gut dafür bestehe, was namentlich daraus hervorgehen soll, daß sie schon vor drei Jahrhunderten für sich selbst in Erbbestand begeben und während einer Reihe von 183 Jahren allein verpachtet worden seie;

in Erwägung jedoch, daß die Beklagte in dem Widerlegungssatze nicht nur alles dieses, sondern auch noch weiter in Abrede stellt, daß die Klägerin wirklich Gutsherrschaft in Schillingstadt seie;

hingesehen auf den amtlichen Zwischenbescheid vom 1. September 1833, in Folge dessen die Klägerin beweisen sollte, daß das auf Schillingstadter Markung ausgeübt werdende Weiderecht wirklich eine aus dem Orts- und grundherrschaftlichen Verhältnisse fließende — jeden Dritten, somit auch die Schillingstadter Güterbesitzer, ausschließende Berechtigung seie;

in Erwägung aber, daß die Klägerin in ihrer Erklärung statt Beweisantretung schon die Voraussetzung zu der Beweisauflage widerspricht, weil sich die Klage ganz und gar nicht auf die Eigenschaft eines grund- und gutsherrlichen Rechts der fürstl. Standesherrschaft, sondern auf den seit Jahrhunderten bestehenden alleinigen Besitz der Grundherrschaften zu Schillingstadt stütze, was auch in der Beweisausführung wiederholt wird;

in Erwägung, daß der gedachte Schriftsatz die weitere Erklärung enthält, daß die Klägerin auch keine Urkunde vorlegen könne, worin wörtlich geschrieben stehe, daß das Schäfereirecht, welches sich noch von den alten Rittern von Rosenberg herleite, ein grundherrliches, die Gutsbesitzer ausschließendes, Recht seie;

in Erwägung nun, daß zwar aus den, von der Klägerin

Digitized by Google

in erster Instanz vorgelegten, Urkunden, wohin namentlich der Erbleihbrief vom 25. März 1560, der Vergleich vom 24. Juli 1561 und das Boxberger Saal- und Lagerbuch von 1578 zu rechnen sind, allerdings hervorgeht, wie schon im Jahre 1560 eine Schäferei zu Schillingstadt bestanden, die Ritter Albrecht von Rosenberg dem Michael Schäffer von Berlichingen in gedachtem Jahre zu Erbbestand verliehen, und daß Albrecht von Rosenberg das Halbtheil von Schillingstadt im Jahre 1561 von dem Pfalzgrafen Friedrich Churfürst wieder zu rechtem Stamm- und Mannlehen empfangen, wie er dasselbe vor Jahren von dem Pfalzgrafen Ludwig Churfürsten getragen hatte;

in Erwägung, daß nicht minder aus den Pachtbriefen vom 22. Februar und 29. September 1650 erhellt, wie die Schäferei Schillingstadt mit anderen Lehen von den Rittern von Rosenberg an Churpfalz heimgefallen und von letzterer in Zeitbestand gegeben worden;

in Erwägung, daß in den Urkunden über die Pachtbegebungen vom 30. Mai 1748, vom 19. Juni 1760, vom 30. April 1772, vom 11. September 1778, vom 20. Juli 1787, vom 4. Juli 1799, vom 12. April 1808 und vom 3. October 1816 wirklich vorkommt, daß der Beständer die ganze Schillingstadter Gemarkung allein und mit Ausschluß anderer Schäfereien zu betreiben habe und daß er Achtung geben soll, damit der Weidestrich nicht im Geringsten geschmälert werde u. s. w.;

in Erwägung dagegen, daß diese über Verträge zwischen dritten Personen errichteten Urkunden, auch wenn sie anerkannt wären, gegen die Beklagte nach L. R. S. 1165 doch keine Wirkung haben, auch nur unter den Contrahenten, ihren Erben und Rechtsfolgern, aber nichts gegen Dritte beweisen könnten;

in Erwägung, daß also nach dem Bisherigen, selbst wenn die Beweiskraft sämmtlicher Urkunden außer Zweifel gestellt wäre, mehr nicht, als was die Beklagte unbestritten läßt, nämlich nur so viel, als erwiesen anzunehmen seyn würde, daß die Schillingstadter Schäferei schon im Jahre 1560 errichtet und als ein Lehen im Besitze der Ritter von Rosenberg gewesen, daß sie von diesen in der Folge an Churpfalz heimgefallen und zuletzt auf die fürstl. Standesherrschaft Leiningen übergegangen, auch das Weiderecht auf Schillingstadter Gemarkung von dem jeweiligen Besitzer der Schäferei immer allein ausgeübt worden seie;

in Erwägung aber, daß der behaupteten Ausschließlichkeit des Schafweiderechts nicht nur der von der Klägerin selbst producirte Auszug aus dem Schillingstadter Gerichtsbuche vom 8. Januar 1745, wornach der Flecken Schillingstadt das Recht hat, das Rindvieh drei Tage vor dem Schäfer auf die Stoppeläcker zu treiben — sondern auch der L. R. S. 2232 entgegensteht, Kraft dessen auf Sachen der freien Willkühr oder der bloßen Nachsicht weder Besitz, noch Verjährung Statt findet;

in Erwägung, daß daher der bisherige Alleingenuß der Schafweide auf Seiten der Klägerin darum nicht als Erwerb eines ausschließenden Dienstbarkeitsrechts gelten kann, weil das aus dem Eigenthume an dem dienenden Gute fließende Mitweiderecht durch bloßen Nichtgebrauch niemals verloren geht;

in Erwägung, daß zwar die Klägerin, um die Anwendung dieser Sätze auf den vorliegenden Fall zu beseitigen, mit Bezug auf L. R. S. 637 das Daseyn einer Grundgerechtigkeit darum bestreitet, weil es an einem, zu ihrem rechtlichen Begriffe und Wesen erforderlichen, herrschenden Gute fehle;

in Erwägung jedoch, daß dies keineswegs der Fall ist, indem sowohl nach dem Erbleihbriefe vom 25. März 1560, als nach den Pachturkunden von 1748 bis 1816 die Schillingstadter Schäferei, als ein für sich bestehendes Ganzes, ein Haus, Hof, Hofstatt, Scheuer und Ställe sammt zwei Gärten u. s. w. in sich begreift, also das herrschende Gut bildet, zu dessen Gebrauch und Vortheil ihr das Weiderecht mit Schafen auf Schillingstadter Gemarkung eingeräumt ist;

in Erwägung, daß zwar die Klägerin in der Appellationsinstanz wieder darauf zurückkommt, daß sowohl das Boxberger Saal- und Lagerbuch von 1578, als andere Urkunden, im Einzelnen die hohe und niedere Jagd, Handlohn, Zinsen, Gülten, Zehenten, Frohnden ꝛc. und auch die Schäferei als Rechte der Grundherrschaft aufzählen;

in Erwägung aber, daß auf dieses Vorbringen darum schlechthin keine Rücksicht genommen werden kann, weil die Klägerin bereits in erster Instanz wiederholt erklärt hat, daß die Klage sich ganz und gar nicht auf die Eigenschaft eines grund- und gutsherrlichen Rechts, sondern auf den seit Jahrhunderten bestehenden alleinigen Besitz stütze;

in Erwägung, daß die weitere Anführung, als habe die Klägerin das fragliche Weiderecht vergünstigungsweise (L. R. S. 691) erworben, weil die Beklagte der grundherrlichen Schäferei seit unvordenklichen Zeiten das nöthige Brenn- und Pferchstückelholz unentgeldlich verabfolgt und auch die Fuhren zur Herbeischaffung des Winterfutters um billigen Lohn geleistet hätte — in den untergerichtlichen Verhandlungen nirgends vorkommt und daher, auch abgesehen von der Unerheblichkeit der Thatsachen selbst, als ein neuer, mit dem vorigen im Widerspruche stehender, Klaggrund erscheint, welcher nach §. 1221, Nr. 5 der Pr. O. unzulässig ist;

in Erwägung endlich, daß der Anspruch auf Entschädigung nach dem Bisherigen von selbst zerfällt, weil überall keine Rechtsverletzung nachgewiesen werden konnte.

Nach Ansicht des §. 169 der Pr. O. A. d. Gr. ꝛc.

Digitized by Google

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das Weiderecht im Allgemeinen, und folglich auch das Recht zur Schafweide, ist seiner Natur nach nichts Anderes, als eine Dienstbarkeit, d. i. das Recht an einer fremden Sache, Kraft welchem der Berechtigte verlangen kann, daß der Eigenthümer der belasteten Güter deren Beweidung von Schafen dulde.

Weder die Persönlichkeit dessen, welchem das Recht zusteht, noch der Titel der Berechtigung, vermag an dieser Natur des Rechts etwas zu ändern, und selbst nach der, klägerischer Seits aus dem historischen Rechte abgeleiteten, Theorie, wornach das den Standes- und Grundherren noch von den Zeiten der früheren Verfassung Deutschlands, namentlich der Entstehung der Bauerngüter her, zustehende Schäfereirecht ein Ausfluß von dem ursprünglichen Grundeigenthum oder der Grundherrlichkeit seyn solle, läßt sich das fragliche Recht unter keinen andern Begriff, als den einer Dienstbarkeit, beingen. Geht man nämlich wirklich von der, übrigens bekannter Dingen auf bloßen Hypothesen beruhenden, allgemeinen Unterstellung aus, daß die Ortsherrschaften die Feldgemarkungen früher als Eigenthum besessen und sie an die Bewohner, mit dem Vorbehalte des Schafweiderechts, abgegeben haben, so folgt hieraus nur so viel, daß die Ortsherrschaften sich an dem abgetretenen Eigenthume ein bestimmtes Genußrecht vorbehalten haben. Ein solches bestimmtes Genußrecht ist aber keineswegs ein Eigenthumsrecht an Grund und Boden, sondern fällt als ein jus in re aliena nur allein unter den Begriff einer Dienstbarkeit und kann auch, weil unsere Gesetze (L. R. SS. 544 b. und 577 aa. — az.) ein zertheiltes Eigenthum in einer andern Weise, als in Grundeigenthum und Nutzeigenthum, nicht anerkennen, nur vom Gesichtspunkte eines Dienstbarkeitsrechts, als privatrechtlicher Gegenstand, gerichtlich verfolgt werden. Zu dem nämlichen Resultate gelangt man auch dann, wenn man etwa die Ortsherren, in Bezug auf die belasteten Feldgüter, als die Grundeigenthümer, und die Inhaber der letzteren nur für die Nutzeigenthümer ansehen wollte; denn da der Schafweidegenuß unter dem Nutzeigenthume begriffen ist, so kann der Grundeigenthümer, sofern er solchen sich besonders vorbehalten hat, denselben nicht Kraft seines Obereigenthumsrechts an Grund und Boden, sondern nur als ein ihm am Nutzeigenthume zustehendes Dienstbarkeitsrecht ausüben. Wenn indessen die klagende Standesherrschaft überall behauptet, daß im gegebenen Falle das von ihr geltend gemachte Schäfereirecht wegen Mangels eines herrschenden Gutes keine Dienstbarkeit sei, und als solche auch gar nicht, sondern lediglich als ein singuläres vererbliches Recht angesprochen werde, so würde hieraus nur zum Nachtheile der Klägerin das folgen, daß dieselbe hier im Ganzen ein Recht verfolge, welches unsere Civilgesetzgebung als ein gerichtlich verfolgbares privatrechtliches überall nicht anerkennt. Denn von jenem Gesichtspunkte aus betrachtet, könnte das angesprochene Schäfereirecht, da es als ein selbstständiges Rechtsinstitut in unserem Civilgesetzbuche nicht erscheint, nur allein unter den Begriff einer Erbdienstbarkeit fallen, als solche aber anerkennen unsere Gesetze (L. R. S. 710 a. und b.) nur Zehenten, Gülten und Zinse. Von dem Schäfereirecht dagegen ist daselbst überall keine Rede. In sofern würde sich also die erhobene Klage schon vorweg als unstatthaft darstellen.

Sieht man jedoch hiervon ab und betrachtet das angesprochene Schäfereirecht als ein Dienstbarkeitsrecht, in welcher Eigenschaft es auch beklagter Seits nicht bestritten ist, so schließt dasselbe sowohl nach den Grundsätzen des neuen als des alten Rechts den Mitgenuß der Eigenthümer der belasteten Güter zur Schafweide überall nicht aus. Der Servitutberechtigte kann blos verlangen, daß er in der Ausübung seines Dienstbarkeitsrechts in dem Umfange, in welchem es ihm zusteht, nicht gestört werde; keineswegs aber steht ihm Kraft dessen ein ausschließliches Genußrecht zu. Ein solches — den Mitgenuß des Eigenthümers ausschließendes Genußrecht liegt außerhalb der gesetzlichen Schranken eines Dienstbarkeitsrechts, indem Dienstbarkeiten die Dispositionsbefugnisse des Eigenthümers des dienenden Gutes nicht weiter beschränken dürfen, als dies zur ungeschmälerten Ausübung des vorhandenen Dienstbarkeitsrechts selbst erforderlich ist. So lange also durch den Mitgenuß des Eigenthümers das Genußrecht des Servitutberechtigten nicht gemindert oder gar vereitelt wird, liegt für den Letzteren keine Störung seines Rechts vor. Nur auf Beseitigung dieser Störung steht auch dem Servitutberechtigten, als solchem, eine Klage zu, niemals aber kann er im Allgemeinen darauf klagen, daß ihm sein Genußrecht als ein ausschließliches Recht zuerkannt werde, es wäre denn, daß für diese Ausschließlichkeit ein besonderer Rechtstitel vorhanden wäre.

Aus diesen generellen Betrachtungen über die Natur des Schäfereirechts folgt nun in Bezug auf den concreten Fall, daß die erhobene Klage auf Zuerkennung eines ausschließlichen Weiderechts, sofern diese Ausschließlichkeit aus der Behauptung abgeleitet wird, daß das Schäfereirecht da, wo es einem Standes- oder Grundherrn von Alters her zustehe, als ein aus dem ursprünglichen Grundeigenthume abfließendes reservirtes Eigenthumsrecht zu betrachten sei, offenbar als unbegründet erscheint, indem oben hinlänglich gezeigt wurde, daß die Berechtigung an sich, ohne Rücksicht auf diese hier geltend gemachte Ableitung derselben, ihrer Natur nach immerhin nur eine Dienstbarkeit sein und als solche den Mitgenuß der Gutseigenthümer überall nicht aus-

Digitized by Google

schließe. Wenn also gleichwohl aus den vorgelegten alten Urkunden, namentlich aus dem Vorberger Lagerbuche vom Jahre 1578, dem Erbleihbriefe vom 25. März 1566 u. s. w. erhellt, daß das fragliche Schäfereirecht schon im Jahre 1560 den Rechtsvorfahren der klägerischen Standesherrschaft zustand, so ist dies für die gegenwärtige Streitfrage völlig unerheblich, denn da das Schäfereirecht an sich hier nicht, sondern nur die Ausschließlichkeit desselben bestritten ist, und da gedachte Urkunden von einem solchen ausschließlichen Rechte nichts ausdrücklich enthalten, so kann es auf diese Urkunden überall nicht ankommen. Dabei ist auch insbesondere der Umstand, daß der Ritter Albrecht von Rosenberg schon in dem gedachten Jahre 1560 die Schäferei einem gewissen Schäffer als Erblehen verliehen, unerheblich, weil auch Dienstbarkeitsrechte zu Lehen gegeben werden können, und folglich eine solche Verleihung an der Natur der Berechtigung nichts zu ändern vermag.

In sofern dagegen die Klage ferner auf die Thatsache gebaut werden will, daß die klagende Standesherrschaft, resp. ihre Vorfahren, das Recht der Schafweide seit den frühesten Zeiten allein ausgeübt haben, so kann hieraus ebenfalls für die angesprochene Ausschließlichkeit nichts Erhebliches gefolgert werden, weil die Ausübung des Mitgenusses von Seite der Gutseigenthümer lediglich für eine Sache der freien Willkühr angesehen werden muß und sonach eine Verjährung dieses Mitgenußrechtes durch den bloßen Nichtgebrauch desselben nicht eintreten konnte.

Eben so unerheblich ist auch der Umstand, daß, wie aus den vorgelegten Pachturkunden hervorgeht, zu verschiedenen Zeiten das Schäfereirecht als ein der fürstl. Standesherrschaft, resp. ihren Vorfahren, ausdrücklich als ein ausschließlich zustehendes Recht verpachtet wurde, indem die diesfallsigen Pachtverträge, als Acte zwischen Dritten, den Rechten der Gutseigenthümer keinen Abbruch thun konnten.

Zwar ist nun im Allgemeinen behauptet, daß die Standesherrschaft durch den Mitgenuß der Schafweide von Seiten der Gutseigenthümer eine Schmälerung ihres Schäfereirechts erleide. Es fehlt jedoch dieser Behauptung an der erforderlichen Begründung, um solche berücksichtigen zu können, indem überall nicht angegeben ist, ob und in wie fern diese Schmälerung namentlich darin ihren Grund habe, weil etwa die belasteten Feldgüter für die Beweidung der Heerden der Gutseigenthümer neben jener der servitutberechtigten Standesherrschaft unzureichend seien und daß folglich durch die Mitweide der Gutseigenthümer die Ausübung des der Standesherrschaft zustehenden Dienstbarkeitsrechts entweder ganz vereitelt oder doch wenigstens verkümmert werde, in welchem Falle allein eine Störung des klägerischen Dienstbarkeitsrechts angenommen werden könnte, welche die Anstellung der Confessorienklage begründen würde.

Da hiernach die angestellte Klage an sich als ungegründet erscheint, so kommt es auf die dagegen vorgeschützten Einwendungen nicht an ꝛc.

Anmerkung. Hiernach hat also der oberste Gerichtshof die bei einer früheren Gelegenheit, jedoch nur in einem einzigen Falle, adoptirte Ansicht (Annalen von 1835, Nr. 13, S. 77), welche sich die Standesherrschaft hier zu Nutzen machen wollte, wieder aufgegeben und die desfallsige Streitfrage aus ihrem Labyrinthe hervor auf den gesetzlichen Gesichtspunkt zurückgeführt, von welchem sie hoffentlich nicht mehr durch Ritterwährchen verrückt werden wird.

Bayer.

II.

Justizministerium.

Karlsruhe, den 18. November 1836.

Nr. 5261. Bericht des Großh. Hofgerichts des Seekreises vom 2. d. M., Nr. 5648, in Untersuchungssachen gegen Constantin Schoch von Duchtlingen wegen Unzucht, hier im Allgemeinen die Bestrafung der Unzucht betreffend *).

Beschluß.

An das Großh. Hofgericht des Unter- (Mittel-, Ober-) Rheinkreises:

Man hat wahrgenommen, daß es Aemter giebt, die jede außerehelich erfolgte Schwängerung, sobald sie durch Anzeige des Gemeindevorstandes oder auf andere Weise zu ihrer Kenntniß gelangt, in der Art zum Gegenstande eines officiellen Verfahrens machen, daß sie die Geschwängerte sowohl als den Schwängerer über die Anzeige protokollarisch vernehmen und, im Falle sich die Anzeige bestätigt, zwar nicht die Geschwängerte, wohl aber den Schwängerer, als der Unzucht schuldig, mit Strafe belegen.

Ueberzeugt, daß dieses Verfahren mit der landesherrlichen Verordnung vom 16. Februar 1813 (Rggsbl. Nr. VI, S. 29), welche eine Geschwängerte schlechthin von jeder Untersuchung wegen Unzucht befreit, und mit der Justizministerialverordnung vom 27. Juni 1812 (Rggsbl. Nr. XXI, S. 117 ff.), welche in den Worten: „Gegen eine Mannsperson findet die Untersuchung nur in dem Falle Statt, wenn ꝛc.", die Untersuchung gegen eine bestimmte Mannsperson als Schwängerer stets durch die unaufgefordert erfolgte und mit speciellen Verdachtsgründen unterstützte Beschuldigung der Geschwängerten bedingt, nicht bestehen kann; beauftragt man das Großh. Hofgericht, falls es das erwähnte Verfahren der bestehenden Gesetzgebung ebenfalls nicht gemäß erachtet, die ihm untergebenen Aemter darüber in geeigneter Weise zu belehren, und im Falle des Zuwiderhandelns die erforderliche Abhilfe eintreten zu lassen.

Man bemerkt zugleich, daß sich das Großh. Hofgericht des Seekreises mit der diesseitigen Ansicht einverstanden erklärt und in Folge dessen das in der rubricirten Untersuchungssache ergangene Straferkenntniß aufgehoben hat **).

*) Man vergleiche hiermit Annalen, dritter Jahrgang, Nr. 29, S. 174.

**) Das Großh. Hofgericht des Oberrheinkreises sagt in einem Berichte vom 1. Dezember v. J., daß es das in diesem Generale bezeichnete Verfahren bei Unzuchtsfällen stets beobachtet und in Gemäßheit desselben nunmehr auch die Aemter seines Kreises belehrt habe.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 13. | Karlsruhe den 1. April 1837.

I.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über die Fortdauer des gesetzlichen Unterpfandsrechts der Minderjährigen und Ehefrauen nach Beendigung der Vormundschaft und Ehe.

Die Beschwerde des Appellanten gegen das Oberamt Bruchsal ist dahin gerichtet, daß dasselbe eine Pflegschaftsrezeßforderung des Appellaten, in Folge des dafür bestehenden gesetzlichen Pfandrechts, in III. Ordnung in der Gant des gemeinschaftlichen Schuldners vor ihn locirt habe, obschon sein, des Appellanten, erst nach der Volljährigkeit des Appellaten entstandenes und eingetragenes Pfandrecht dem Appellaten vorzusetzen seie, weil dieser unterlassen habe, nach erlangter Volljährigkeit sein gesetzliches Pfandrecht einzutragen. Der Streit dreht sich sonach allein um die Rechtsfrage, ob die gesetzlichen Pfandrechte der Minderjährigen und auch der Ehefrauen zu ihrer Wirkung gegen andere Gläubiger des Gemeinschuldners nach Beendigung der Vormundschaft oder Ehe einer Eintragung bedürfen oder nicht, und darüber ist zu erwägen.

Es ist zuvörderst als ein allgemein gültiger, auch im L. R. S. 1234 a. gebilligter, Rechtsgrundsatz der anzuerkennen, daß jedes Recht, einmal zu Stande gekommen, so lange als fortdauernd, und zwar so wie bestanden fortdauernd, angesehen werden muß, als nicht das Gesetz in Folge eingetretener anderer Rechtsumstände Vorschriften ertheilt hat, welche es entweder ganz aufheben, oder in seiner rechtlichen Gestalt und Wirkung verändern.

Frägt man nun nach den gesetzlichen Pfandrechten, so findet man im S. 2121 die ganz unbeschränkte Ertheilung derselben für die Forderungen der Minderjährigen und Ehefrauen auf die Güter der Vormünder und Ehemänner, und im S. 2135 die ganz unbedingte Vorschrift, daß diese gesetzlichen Pfandrechte unabhängig von aller Eintragung zu den dort näher bestimmten Zeiten eintreten. Der S. 2135 steht im Abschnitte von der Ordnung, von der Wirkung der Unterpfänder unter sich, bezieht sich also auf die Wirkung der gesetzlichen Unterpfandsrechte der Minderjährigen und Ehefrauen gegen Andere, und darauf nun den obigen allgemeinen Grundsatz angewendet, so folgt daraus, daß das nach S. 2121 bestehende und nach S. 2135 wirkende gesetzliche Pfandrecht so und so lange fortbesteht und fortwirkt, als es nicht durch die im Gesetz enthaltenen Beendigungs- oder Veränderungsgründe selbst beendigt oder modificirt worden ist. Das Gesetz enthält aber nur in den Sätzen 2130, 2136 ff., 2193 ff. Vorschriften über die Veränderung und Beendigung des gesetzlichen Pfandrechts der Minderjährigen und Eheweiber, und wo diese nicht eintreten, muß also seine Fortdauer und Fortwirkung angenommen werden. Anerkennt man aber, daß die Wirkung der gesetzlichen Pfandrechte nach S. 2135 zu der dort bestimmten Zeit unabhängig von aller Eintragung eingetreten ist, so muß man auch die Fortwirkung derselben ohne alle Eintragung anerkennen, weil das Gesetz nirgends diese Wirksamkeit außer den obigen Fällen beschränkt oder aufgehoben hat, und namentlich nirgends auch nur andeutet, daß die rechtliche Gestalt und Wirksamkeit dieser gesetzlichen Pfandrechte mit und in ihrer gänzlichen Eintragungsfreiheit mit der Vormundschaft oder Ehe aufhöre und nunmehr eine Eintragung nöthig werde. Da es aber gerade im Wesen der mit einem gesetzlichen Pfandrechte begabten Forderungen der Minderjährigen und Ehefrauen liegt, daß solche erst nach beendigter Vormundschaft oder Ehe in der Abstandspflegrechnung oder Vermögensauseinandersetzung festgestellt und geltend gemacht werden, so wäre die alsdann nöthige Eintragung eine beinahe gänzliche Vernichtung des doch nach S. 2135 unabhängig von aller Eintragung geschehenden Eintritts der gesetzlichen Pfandrechte, denn was nützt die Eintragungsfreiheit eines Pfandrechts, wenn sie gerade da aufhören soll, wo die damit begabten Forderungen erst in das Leben treten und in Wirksamkeit kommen?

Aber auch gegen dritte Gutsinhaber wird nach S. 2193 die Wirksamkeit der uneingetragenen gesetzlichen Pfandrechte ganz unbeschränkt anerkannt und nirgends von einem Erlöschen derselben, als solchem, oder ihrer Eintragungs-

Digitized by Google

freiheit nach Beendigung der Vormundschaft oder Ehe gesprochen. Da ferner der S. 2194 dem dritten Gutsinhaber einen besondern Weg zur Aufhebung dieser gesetzlichen Pfandrechte zeigt, der dem dritten Pfandgläubiger verschlossen ist, so folgt daraus wieder auf das Gewisseste, daß der dritte Gutsinhaber im Nichtbetreten dieses Weges der Wirksamkeit der eingetragenen gesetzlichen Pfandrechte unterworfen bleibt. Nach S. 2194 wirkt aber die hier nachträglich geschehene Eintragung auf den Tag der Vormundschaft oder der Ehe zurück, und da man bei der besseren gesetzlichen Stellung des dritten Gutsinhabers der Wirksamkeit der gesetzlichen Pfandrechte gegen dritte Pfandgläubiger keinen größeren Spielraum, als den gegen dritte Gutsinhaber, wird geben wollen, so müßte man in der Nothwendigkeit der Eintragung der gesetzlichen Pfandrechte nach beendigter Vormundschaft oder Ehe gegen dritte Pfandgläubiger ebenfalls annehmen, daß diese Eintragung, wie im S. 2194, zurückwirkt, womit man alsdann neben der durch nichts angedeuteten Beschränkung der im S. 2134 allgemein ertheilten Eintragungsfreiheit zu einer nirgends im Gesetze enthaltenen Ausnahme der allgemeinen Vorschrift des S. 2134 kommt, daß man eine zur Wahrung des Pfandrechts nöthige Eintragung nicht vom Tage der Eintragung, sondern von früherer Zeit wirken läßt. Will man unterstellen, daß die Sätze 2193 ff. überhaupt nur von einer Eintragung während der Vormundschaft oder Ehe sprechen, so darf nicht übersehen werden, daß der dritte Gutsinhaber in dem Falle des S. 2193 schon vorher nach S. 2181, 2181 a. seine Eigenthumserwerbsurkunde in das Grundbuch hat eintragen lassen, und daß er sich alsdann keine spätere Eintragung eines Pfandrechts mehr gefallen lassen muß. Nimmt man nun an, daß während der Vormundschaft oder Ehe das gesetzliche Pfandrecht unbestritten wirkt, daß aber die Vormundschaft oder Ehe durch den Tod des Minderjährigen oder der Ehefrau beendigt worden ist, so können deren Erben nach dem Verkaufe des Grundstücks seit dem Tode des Mündels oder der Ehefrau keine wirksame Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts mehr nehmen, und dasselbe ist somit nicht beschränkt, sondern erloschen. Damit ertheilt man dem untreuen Vormund ein sicheres Mittel, durch Verkauf seiner Grundstücke nach dem Tode des Mündels dessen Erben die Sicherheit für den Ersatz der Schulden des Vormunds ganz zu entziehen, und da man dieses nicht wird thun wollen, so muß man in der Zulassung der Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts des Minderjährigen nach Beendigung der Vormundschaft mit der Wirkung, daß davon selbst der schon früher eingetragene Eigenthumserwerb des dritten Gutsinhabers rückwärts auf den Tag der übernommenen Vormundschaft ergriffen wird, auch anerkennen, daß das gesetzliche Pfandrecht des Minderjährigen auch in Eintragung nach Beendigung der Vormundschaft gegen den früheren dritten Gutsinhaber fortwirkt. Ist dieses der Fall, so wirkt es auch gegen einen dritten Gläubiger fort, weil nicht angenommen werden kann, daß ein später eingetragenes Pfandrecht zwar gegen einen früher zum Grundbuche eingetragenen dritten Gutserwerber, nicht aber gegen einen zur gleichen Zeit eingetragenen dritten Pfandgläubiger wirkt. Man will sich zwar zum Beweise, daß der S. 2194 nur von einem dritten Gutserwerber während der Vormundschaft oder Ehe spreche, darauf berufen, daß er nur von einer Eröffnung an den Gegenvormund und die Ehefrau rede, nicht aber der Eröffnung an den Volljährigen oder die Wittwe, oder deren Erben erwähne. Wenn man aber bedenkt, daß der S. 2194 hiernach den Verkauf eines Grundstücks während der Vormundschaft erfaßt, so mußte für diesen Fall allerdings die Person genannt werden, welche in dieser Beziehung die Rechte und Interessen des subjectiv rechtsunfähigen Minderjährigen wahrt und ihn vertritt. War dagegen die Vormundschaft beendigt und die darin liegende Beschränkung der subjectiven Rechtsbefähigung weggefallen, so versteht es sich ganz von selbst, daß alsdann der Volljährige sein Interesse selbst wahren muß und an ihn die Eröffnung geschieht, denn so wenig das Gesetz bei der Vormundschaft sagt, daß nach ihrer Beendigung der Volljährige selbst seine Verträge schließt und seine Rechte wahrt, eben so wenig war es nach Beendigung der Vormundschaft im S. 2194 nothwendig, zu sagen, daß er die erst nach Beendigung der Vormundschaft nöthig werdende Eintragung selbst besorgt, also durch Richtung der Aufforderung an ihn dazu auch in die Lage gesetzt werden muß. Und nimmt man an, daß der S. 2194 seine Vorschriften nur für den Fall einer während der Ehe oder Vormundschaft geschehenen Gutserwerbung ertheilt, so muß man auch annehmen, daß also nur dafür das Aufforderungsverfahren vorgeschrieben ist und daß für den auch unmittelbar nach Beendigung der Vormundschaft oder Ehe geschlossenen Verkauf die Aufforderung nicht zu geschehen hat. Alsdann ist der dritte Guterwerber, der nur für die zur Zeit des Eigenthumserwerbs eingetragenen Pfandrechte zu haften hat, überhaupt von dem nicht eingetragenen gesetzlichen Pfandrechte der Minderjährigen und Ehefrauen befreit, und solches ist also gegen ihn, bezüglich der nach Beendigung der Vormundschaft oder Ehe geschehenen Eigenthumserwerbungen, auch ohne das Verfahren des S. 2194, gänzlich unwirksam. Eine Folge, die doch wohl vom Gesetze im S. 2180 angeführt worden wäre, wenn sie anders bestehen sollte. Daß der S. 2194 der Erben nicht erwähnt, läßt sich damit erklären, daß das Gesetz überhaupt voraussetzt, daß sie in die Rechte ihrer Erblasser eintreten, und also gegen sie das Aufforderungsverfahren gerichtet werden muß. Besteht man aber auf einer Folgerung aus der

Digitized by Google

Nichterwähnung der Erben, so kann man nur die ziehen, daß in Nichterwähnung ihrer, oder des Volljährigen, oder der Wittwe gegen sie die Aufforderung des S. 2194 nicht nöthig ist, und da nun gerade die Erben am allerwenigsten wissen werden, ob die Eintragung schon geschehen ist, oder nicht, sie aber nicht in der Lage sind, während des Lebens ihrer Erblasser die Eintragung vornehmen zu lassen, so wird eben wieder, bezüglich des dritten Gutsinhabers, das gesetzliche Pfandrecht der Minderjährigen und Ehefrauen mit der Vormundschaft oder der Ehe beendigt und ganz vernichtet, denn da, wo von Erben eines Minderjährigen oder einer Ehefrau die Rede ist, wird deren Tod, folgeweise die Beendigung der Vormundschaft und Ehe, vorausgesetzt, und ist der dritte Gutsinhaber nicht zur Aufforderung der Erben nach S. 2194 verbunden, so ist er ihnen auch nicht für ihr doch auf sie übergegangenes gesetzliches Pfandrecht verhaftet, denn er kann nur da zur Aufforderung verbunden seyn, wo er, gegenüber dem Aufgeforderten, eine Haftbarkeit besitzt.

Es ist zwar von Velk, über die dinglichen Rechte an Liegenschaften S. 116, versucht worden, die streitige Frage über die Fortdauer der gesetzlichen Pfandrechte nach Beendigung der Vormundschaft oder Ehe durch eine Unterscheidung zwischen dem Rechte und seiner Eintragungsfreiheit damit zu lösen, daß man diese Pfandrechte gegen die während der Ehe oder Vormundschaft entstandenen Rechte Anderer uneingetragen fortdauern läßt, daß man aber behauptet, daß der nach der Vormundschaft oder Ehe eingetragene Pfandgläubiger, oder der dritte Gutsinhaber, dem Minderjährigen oder der Ehefrau nicht mehr hafte, oder ihr vorgehe, wenn solche nicht vorher ihr Unterpfandsrecht hatten eintragen lassen. Welche Folgen diese Behauptung hinsichtlich des dritten Gutsinhabers hat und daß auch in dieser Unterscheidung eine gänzliche Vernichtung und nicht eine geringere Wirkung des gesetzlichen Pfandrechts, bezüglich einer nach Beendigung der Ehe oder Vormundschaft geschehenen Eigenthumserwerbung, liegt, ist oben gezeigt worden, allein auch bezüglich des dritten Pfandgläubigers ist diese nirgends im Gesetze gemachte Unterscheidung, die zu den sonderbarsten Folgen führt, unbedingt verwerflich.

Nach S. 2113 besteht ein Unterpfand nur in gesetzlich bestimmten Fällen nach den vorgeschriebenen Formen, und diese Formen stellen es also in seiner rechtlichen Gestalt vor. Nun ist das Unterpfandsrecht der Minderjährigen und Eheweiber ein aus dem Gesetze entstehendes, also nach S. 2117 gesetzliches, Pfandrecht, und fragen wir nach seinen Formen, so ertheilt uns der S. 2135 darüber die Auskunft, daß es unabhängig *von aller Eintragung* eintritt, also zu seiner Wirkung gerade bezüglich anderer Gläubiger der Form der Eintragung nicht bedarf. Wenn aber nun das Pfandrecht als solches besteht und auch als gesetzlich, ohne Unterschied gegen andere Mitgläubiger während oder nach der Ehe, deshalb als fortbestehend angesehen wird, weil es zu seinem Fortbestehen als Recht allein nach der Ehe keiner Bewilligung des Schuldners bedarf, so muß es auch in seinen vorher bestandenen Formen fortbestehen, weil ja diese Formen seine rechtliche Gestalt darstellen und verkünden. Es besteht nicht nur, sondern es besteht auch so, wie es besteht, und soll es im Fortbestand eine Aenderung seiner Formen erleiden, so muß diese Aenderung als eine neue gesetzliche Form vorgeschrieben werden, weil sonst anzunehmen ist, daß es, einmal unter bestimmter Gestalt zu Stande gekommen, auch unter dieser fortbestehen muß. Nirgends ist nun für das, mit gänzlicher Eintragungsfreiheit zu Stande gekommene, gesetzliche Unterpfandsrecht der Minderjährigen oder Ehefrauen vorgeschrieben, daß nach Beendigung der Vormundschaft oder Ehe zwar das Pfandrecht so zu sagen als Idee fortdauern, seine (negative) Form der Eintragungsfreiheit dagegen erlöschen soll, und so lange dieses nicht vorgeschrieben ist, muß diese Eintragungsfreiheit als Form des gesetzlichen Pfandrechts fortbestehen, denn nichts *Bestimmtes* besteht fort, wenn es nicht *so* fortbesteht, wie es bestand. Die Eintragungsfreiheit des gesetzlichen Pfandrechts ist gegenüber andern Gläubigern die Gestalt des gesetzlichen Pfandrechts selbst, ist davon gar nicht zu unterscheiden, und also vor oder nach der Vormundschaft und Ehe deshalb als fortdauernd anzusehen, weil das Gesetz niegends vorgeschrieben hat, daß nach der beendigten Vormundschaft oder Ehe die Eintragungsfreiheit aufhöre.

Man behauptet nun (l. c. S. 120), daß diese Vorschrift des Aufhörens der Eintragungsfreiheit darin liege, daß die Eintragungsfreiheit des gesetzlichen Pfandrechts der Minderjährigen und Ehefrauen im S. 2135 nicht *objectiv den Forderungen*, sondern *subjectiv den Personen allein* ertheilt werde, oder daß sie, wie sich ein Vertheidiger dieser Unterscheidung in Nr. 39, IV. S. 234 der Annalen ausdrückt, ein blos an die Eigenschaft der Person als Ehefrau oder Minderjähriger gebundenes Privilegium seie, welches also wegfallen müsse, wenn in Beendigung dieser Eigenschaftsvoraussetzungen der Vormundschaft oder der Ehe die Eigenschaft selbst aufhöre. Allein davon läßt sich nichts beweisen und man muß es überhaupt als eine eigene Idee erklären, daß mit dem nach S. 2114 dinglichen Pfandrechte etwas, und zwar gerade seine rechtliche Gestalt, so verbunden werden soll, daß es als ein rein persönliches Recht erscheine.

Es wird l. c. S. 120 selbst zugegeben, daß das Pfandrecht im S. 2121 den *Forderungen der Minderjährigen und Eheweiber* ertheilt werde, nun ist aber die Eintragungsfreiheit des S. 2135 gerade die recht-

Digitized by Google

liche Gestalt des gesetzlichen Pfandrechts, gegenüber andern Gläubigern, und da der S. 2135 sagt: Das Unterpfandsrecht tritt unabhängig von aller Eintragung ein für die Ehefrauen und Minderjährigen wegen ihrer Forderungen, so ist doch wohl gegen den S. 2121 keine Unterschreidung dahin zu treffen, daß der erstere das Pfandrecht den Forderungen, und der andere die Eintragungsfreiheit nur den Personen ertheilt. Wenn im S. 2135 die Eintragungsfreiheit wegen der Forderungen bestimmter Personen eintritt, so tritt es doch wohl auch für diese Forderungen ein, und wenn die Forderungen fortdauern, so dauert auch die wegen ihnen ertheilte Eintragungsfreiheit fort. Ueberdies ist der S. 2135 in seinem weiteren Verlaufe von dem S. 2121 im Wortausdrucke sogar der gleiche, denn wenn der S. 2121 sagt: die Forderungen der Ehefrau haben ein Pfandrecht, so sagt der S. 2135: Die Ehefrau hat wegen Ehesteuergeldern das Pfandrecht, und wenn man für die reine Persönlichkeit der Eintragungsfreiheit ein Gewicht auf das im S. 2135, Nr. 2 nicht vorkommende, sich nicht, wie im S. 2121, auf die Forderungen der Frau beziehende Wort haben legen will, von dem man für den S. 2121 zugibt, daß es das Pfandrecht objectiv den Forderungen ertheile, so muß man auch zugeben, daß wenigstens die Ehesteuergelder nach S. 2135 ebenfalls objectiv die Eintragungsfreiheit haben, und man muß also in seine Unterscheidung, bezüglich dieser Forderungen der Ehefrau, eine nochmalige Unterschreidung aufnehmen. Daß aber das Gesetz im S. 2121 und 2135 überhaupt nur von Minderjährigen und Ehefrauen, und nicht von Volljährigen und Wittwen, spricht, ist leicht zu begreifen. Denn da die Forderungen, für welche sie das gesetzliche Pfandrecht ertheilen, alle zu der Zeit entstanden seyn müssen, wo sie Minderjährige und Ehefrauen waren, so müssen sie auch überall, wo von ihrem gesetzlichen Pfandrechte die Rede ist, als Ehefrauen und Minderjährige genannt und betrachtet werden. Es giebt kein vom Gesetze ertheiltes Unterpfandsrecht der Volljährigen oder Wittwen bezüglich ihrer in der Minderjährigkeit und Eheständigkeit ergangenen Forderungen im Unterschirde und im Gegensatze von einem gesetzlichen Unterpfandsrechte der Minderjährigen und Ehefrauen als solchen, und eben deshalb spricht auch das Gesetz nur von dem letzten, ihm allein bekannten. Daß überhaupt von einer bloßen Persönlichkeit der Eintragungsfreiheit im S. 2135 gar nicht gesprochen werden kann, davon liegt der beste Beweis darin, daß das Pfandrecht der Ehefrau grade nicht durch ihre Persönlichkeit als Ehefrau bestimmt wird, denn sonst müßte es unbedingt vom Tage der geschlossenen Ehe beginnen, weil von da an ihre Persönlichkeit als Ehefrau in das Leben tritt, und gerade damit, daß der Gesetzgeber im S. 2135 das Pfandrecht nach den Verschiedenheiten der dadurch gesicherten Forderungen verschieden bestimmt, beweist er auf das Deutlichste, daß die Eintragungsfreiheit nicht subjectiv in den Personen, sondern auch objectiv in den Forderungen beruht, welche zu ihrer Wirksamkeit gegen dritte Gläubiger, von aller Eintragung unabhängig, ein Pfandrecht haben und es eintreten, beginnen lassen. Und selbst wenn man eine Persönlichkeit der Eintragungsfreiheit des gesetzlichen Pfandrechts annehmen wollte, so ist diese Eintragungsfreiheit im Entstehen von Forderungen während der Vormundschaft oder Ehe mitentstanden und zu Recht geworden, so daß nunmehr nachzuweisen ist, daß, und wie, und wann diese Eintragungsfreiheit beendigt wird. Leben die Personen der Minderjährigen und Ehefrauen nach Beendigung der Vormundschaft oder Ehe fort, so müssen doch auch ihre schon entstandenen Rechte fortleben. Nirgends sagt das Gesetz, daß mit Beendigung der Vormundschaft oder Ehe die Eintragungsfreiheit wegen der darunter entstandenen Forderungen aufhöre, und wenn man es nicht läugnen kann, daß die mannigfachen Rechtswohlthaten des Minderjährigen für die während seiner Minderjährigkeit vorgekommenen Rechtsverhältnisse auch nach beendigter Vormundschaft fortdauern, wenn man es nicht läugnen kann, daß er als Volljähriger den Verkauf seines Grundstücks während seiner Minderjährigkeit dann anfechten und umstoßen kann, wenn dabei nicht die rechtsbehörigen Formen beobachtet wurden, so ist nicht abzusehen, warum man ihm nicht die Fortdauer der Rechtswohlthat der Eintragungsfreiheit seines gesetzlichen Unterpfandsrechts da zusprechen will, wo dasselbe für eine während seiner Minderjährigkeit entstandene Forderung geltend gemacht werden soll.

Man hat auch das Gewicht dieser Gründe wahrscheinlich nicht verkannt und sich ihnen deshalb damit zu entziehen gesucht, daß man l. c. S. 119 von der rechtlichen Begründung des Verhältnisses zwischen dem Minderjährigen und dem dritten Pfandgläubiger spricht und solche in die Zeit setzt, wo ein dritter Gläubiger sein Pfandrecht nach Beendigung der Vormundschaft eintragen läßt, und ihm also kein Minderjähriger mehr entgegensteht. Allein dieses ist eine gänzliche Mißkennung des Begriffs der Begründung eines Rechts, und eine Verwechselung der zufälligen Wirkungen eines Rechts gegen Dritte, mit dem Bestehen eines Rechts selbst.

Das gesetzliche Pfandrecht des Minderjährigen oder der Ehefrau ist durch die Vormundschaft und Ehe und durch die darunter entstandenen Forderungen nach S. 2121, 2135 begründet, und in sofern es gegen den Pfandschuldner und gegen dritte Gläubiger desselben wirkt, so wirkt es von dem Zeitpunkte seiner Begründung, wie solcher im S. 2135

Digitized by Google

näher bezeichnet ist. Ob man allein ein Pfandrecht seiner Zeit ausübt, oder nicht, ist für die Begründung des Rechts in sich ganz gleichgültig, und wenn der Minderjährige nun mit einem andern Gläubiger in einem ihm verfangenen Grundstücke zusammentrifft, so wird sein Rechtsverhältniß zu diesem nicht zu der Zeit begründet, wo des Spätern Recht seine Begründung im Eintrage erhalten hat, sondern dieses Rechtsverhältniß ist gleichmäßig auch darnach zu entscheiden, wo des Minderjährigen eigenes Recht zu Stande gekommen ist. Sein Pfandrecht, welches aber als eine Hauptwirkung die besitzt, von den ihm verfangenen Liegenschaften andere spätere Unterpfandsgläubiger auszuschließen, muß also nach seiner Begründung, und nicht nach dem zufälligen Zusammentreffen mit einem Andern, untersucht werden, und findet man nun seine rechtliche Begründung nach S. 2121, 2133, so wird das Verhältniß beider zusammentreffenden nur darnach entschieden, nicht begründet, wessen Recht ein früheres ist. Zur angeblichen Begründung des Rechtsverhältnisses zwischen dem gesetzlichen Pfandrechte eines Minderjährigen oder einer Ehefrau und einem andern Gläubiger trägt der Minderjährige als ein Factor so viel in seinem Pfandrechte bei, als der andere Gläubiger in seinigem, und daß nun der letztere sagen könnte, jetzt erst wird unser Rechtsverhältniß begründet, und deshalb muß es nach den Vorkommenheiten betrachtet werden, welche zu der Zeit bestehen, wo ich auftrete, ist unrichtig, weil ihm der Minderjährige ein schon begründetes Pfandrecht entgegen hält, welches der spätere Gläubiger achten muß. Im Zusammentreffen mehrerer Pfandgläubiger wird bezüglich der verschiedenen Pfandrechte nichts Neurechtliches begründet, sondern die begründeten Pfandrechte werden nur in ihrem Rechtsbestande untersucht und dann nach der Zeit ihrer Entstehung in ihrer Wirkung unter sich bemessen, wie schon daraus folgt, daß der S. 2135 nicht unter dem Abschnitte von dem Entstehen und Zustandekommen der Pfandrechte, sondern unter jenem von der Wirkung der Pfandrechte steht, und nichts mit einer Wirkung versehen werden kann, was nicht vorher schon begründet ist. Betrachtet man das Verhältniß zwischen zweien bedungenen Pfandgläubigern, so wird das Recht des früheren Gläubigers gewiß nicht durch das Recht des späteren Pfandgläubigers, sondern nur dadurch begründet, daß ihm ein Pfandrecht verwilligt wurde und er solches hat eintragen lassen. Dadurch wirkt es gegen den späteren Pfandgläubiger, daß er es vor ihm hat eintragen lassen. Untersucht man aber das gesetzliche Pfandrecht der Minderjährigen und Ehefrauen, so wird ihm, unabhängig von aller Eintragung, gerade im Abschnitte von der Ordnung mehrerer Pfandrechte unter sich, ein je verschiedener Anfangstermin bestimmt, und also von da an diese Ordnung begründet, welche Begründung des Rechts sich dann äußert und wirkt, wenn mit dem schon begründeten gesetzlichen Pfandrechte ein späteres Pfandrecht zusammentrifft. Es wird l. c. S. 119 zugegeben, daß zwischen dem Minderjährigen und einem während der Vormundschaft eingetragenen dritten Gläubiger A. es bei der Eintragungsfreiheit des S. 2135 verbleibt, und da nun das gesetzliche Pfandrecht des Minderjährigen nicht durch das nebenan stehende Pfandrecht eines Dritten begründet wird, sondern nur durch Eintritt der für es selbst gegebenen Gesetzesvorschriften, so wird also zugegeben, daß gegenüber dem A. das gesetzliche Pfandrecht des Minderjährigen begründet ist, und also gegen ihn einen Vorrang in den beiden verfangenen Liegenschaften des Gemeinschuldners bewirkt. Setzt man aber noch einen weiteren, späteren Gläubiger B. zu, so wird dieser von dem früheren A. ausgeschlossen, und da nun der Minderjährige den A. ausschließt, so muß er auch den noch schwächeren B. ausschließen. Si vinco vincentem te, a fortiori vinco te. Daß man l. c. S. 122 sagen will, zur Zeit der Eintragung des B. sei kein Minderjähriger in der damals beendigten Vormundschaft vorhanden gewesen, ist unrichtig. Denn wenn der A. zur Zeit, wo sein Pfandrecht auf ein allen Dreien verfangenes Haus des gewesenen Vormunds wirken soll, sich den Minderjährigen, d. h. das für Forderungen eines Minderjährigen bestehende gesetzliche Pfandrecht entgegenhalten lassen muß, so sollte man doch auch denken, daß sich der B. zur nämlichen Zeit diese Forderungen des Minderjährigen entgegenhalten lassen muß. Wenn gegen den A. die Forderungen des Minderjährigen mit ihrem eintragsfreien gesetzlichen Pfandrechte auch nach der Beendigung der Vormundschaft fortwirken, so müssen sie gegen andere spätere Gläubiger auch fortwirken, weil damit die Fortdauer der Eintragungsfreiheit nach beendigter Vormundschaft überhaupt anerkannt ist.

Mit der getroffenen Unterscheidung kommt man zu dem sonderbaren Resultate, daß zwar ein Minderjähriger zur Zeit der Beendigung der Vormundschaft mit seinem in der Vormundschaft vom 12. Dezember 1810 begründeten gesetzlichen Pfandrechte den in der Dauer der Vormundschaft auf ein Haus des Vormunds am 12. Dezember 1820 eingetragenen Gläubiger A. ausschließt, daß er aber den nach beendigter Vormundschaft auf das Haus am 12. Dezember 1830 eingetragenen Nachhypothekargläubiger nicht ausschließt, diesem den Vorrang lassen, und daß man diese Pfandgläubiger so lociren muß, daß zuerst der Nachhypothekargläubiger B. vom 12. Dezember 1830, dann der uneingetragene Minderjährige vom 12. Dezember 1810, und zuletzt der eingetragene Hauptpfandgläubiger vom 12. Dezember 1820 kommt. Man will zwar diese, alle Grundsätze des Pfandrechts über den Haufen werfende, Folge der getroffenen Un-

Digitized by Google

terscheidung damit vertheidigen, daß man sich auf die gleiche Vorkommenheit beruft, wenn eine Ehefrau zu Gunsten eines späteren Gläubigers auf ihr gesetzliches Pfandrecht verzichtet, allein man hat dabei übersehen, daß in diesem Falle der spätere Gläubiger nicht Kraft eigenen Rechts den ihm sonst voranstehenden Gläubiger zurückdrückt, sondern daß er die ihm dadurch abgetretenen Rechte der Ehefrau geltend macht, und also nicht sowohl seine spätere Forderung, sondern vielmehr die frühere Forderung der Ehefrau beitreibt. Hier aber hat der Minderjährige keineswegs zu Gunsten des B. auf sein gesetzliches Pfandrecht verzichtet, der B. übt nicht dessen Rechte aus, sondern drückt ihn Kraft einer eigenen Eigenschaft seines späteren Pfandrechts zurück, in welchem er doch als einer Nachhypothek lediglich nach S. 2134 dem A. zurückstehen sollte.

Wenn man sich weiters zur Verneinung der Fortdauer der gesetzlichen Unterpfandsrechte nach beendigter Vormundschaft oder Ehe, und für die alsdann eintretende Nothwendigkeit der Eintragung derselben auf die sonst andernfalls bestehenden schlimmen Folgen der Fortdauer der Eintragungsfreiheit beruft, so möchte man vielmehr gerade in diesen nicht zu läugnenden schlimmen Folgen eine Bestätigung der ungeänderten Fortdauer der gesetzlichen Pfandrechte auch nach beendigter Vormundschaft und Ehe finden, denn es ist schon längst anerkannt, daß die gesetzlichen Pfandrechte als solche für die Sicherheit der eingetragenen Pfandgläubiger und dritter Eigenthumserwerber von großem Nachtheile sind. Der Gesetzgeber hatte zwischen dem Schutze der Minderjährigen und Ehefrauen und dem dritter Personen zu wählen. Er sah in letzteren solche Personen, welche sich in vollständiger Rechtsbefähigung selbst vor Schaden wahren können; er erblickte dagegen in ersteren solche Personen, welche, gerade gegenüber den ihren Pfandrechten verfangenen Personen, keine volle Rechtsbefähigung besitzen, demnach des Schutzes der Gesetze bedürftig sind. Wenn er nun erstere vorzog, so hat er die damit für die letzteren verbundenen schlimmen Folgen gewußt, er hat sie absichtlich gewollt, und jede Nachweisung eines Nachtheils aus den gesetzlichen Pfandrechten der Minderjährigen und Ehefrauen ist sonach kein Grund, diese Rechte selbst zu läugnen und gerade in der Eintragungsfreiheit zu vernichten, welche allein den Schutz der Rechte selbst bedingt und somit die Pfandrechte dieser Schutzbedürftigen selbst und hauptsächlich darstellt.

Schließlich ist aber noch gegen jede Bestreitung der Fortdauer der gesetzlichen Pfandrechte der Minderjährigen und Ehefrauen mit ihrer Eintragungsfreiheit und ohne alle Unterschreidung zwischen den mit ihnen zusammentreffenden Gläubigern auf eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes hinsichtlich der Vorzugsrechte aufmerksam zu machen. Es ist nämlich ein nicht zu läugnender Satz, daß die Vorzugsrechte auf Liegenschaften mit den Unterpfandsrechten in der genauesten Verbindung stehen und nur darin unterschieden sind, daß sie noch mehr berechtigt und so zu sagen wirkliche Privilegien sind, wie sie auch der Code civil nennt, woraus alsdann folgt, daß die für die Vorzugsrechte geltenden Vorschriften, insofern sie überhaupt auf Vorkommenheiten der Pfandrechte anwendbar sind, noch um desto mehr auch für die mit geringerem Rechte versehenen Pfandrechte gelten. — Minus majori inest. Man findet nun im S. 2112 die Vorschrift, daß diejenigen, welchen eine Vorzugsforderung übertragen wird, die gleichen Rechte, wie ihre Rechtsgeber, haben, und an ihrer Stellung und Ordnung ihre übertragenen Rechte ausüben. Wenn aber nunmehr dadurch anerkannt ist, daß ein Vorzugsrecht auf eine Liegenschaft einem Andern übertragen werden kann, wenn vorgeschrieben ist, daß in dieser Uebertragung das Vorzugsrecht sich in nichts ändert, sondern gerade so ausgeübt wird, wie es in der ursprünglich berechtigten Person und wegen ihrer Forderungen zu Stande gekommen ist, so muß man doch wohl annehmen, daß diese Vorschrift auch für die geringeren Pfandrechte in so lange gilt, als nicht eine entgegenstehende gesetzliche Bestimmung nachgewiesen werden kann. Nun ist dieses nirgends der Fall, und wenn sonach aus dem, auch für die Pfandrechte geltenden, S. 2112 folgt, daß eine Ehefrau, daß ein Minderjähriger sein gesetzliches Pfandrecht einem Andern zur vollständigen, ganz gleichen, in nichts geänderten, Ausübung übertragen kann, so ist es eine gewagte Behauptung zu nennen, daß sogar dieses gesetzliche Pfandrecht, nachdem es schon durch die während der Ehe oder Vormundschaft entstandenen Forderungen rechtlich begründet worden ist, in den Händen des Berechtigten selbst eine Veränderung erleiden und einer Eintragung da bedürfen soll, wo noch dazu das Gesetz ausdrücklich es von aller Eintragung befreit hat.

Es ist daher in jeder Beziehung gewiß, daß die gesetzlichen Pfandrechte der Ehefrauen und Minderjährigen auch nach beendigter Vormundschaft und Ehe, und zwar in ihrer Eintragungsfreiheit, fortbestehen und fortwirken und jeder Versuch, diesen Fortbestand zu beschränken, ist als nicht im Gesetze liegend zu verwerfen. Diese Pfandrechte erlöschen nur in den Fällen des S. 2180 gleich andern.

Sander.

II.

Zu der Deduction über Beweisanticipation im Jahrgang 1835, pag. 183 ff.

Am angeführten Orte pag. 185, vordere Spalte, ist behauptet, daß der Richter, wenn ein Beweis anticipirt sei, zuvor die desfallsige Prozedur gänzlich beendigen müsse, ehe

Digitized by Google

er ein Beweiserkenntniß geben dürfe. Diese Behauptung wird dann mit dem §. 398 der P. O. motivirt, nach welchem ja der Richter das Ergebniß der Anticipation zu prüfen habe.

Diese Ansicht scheint mir unrichtig zu seyn; der dafür angezogene §. 398 der P. O. beweist sie wenigstens gewiß nicht.

Der citirte Paragraph sagt nämlich nicht mehr, als: Wenn auch der anticipirte Beweis bis zu einem Notheide gelungen ist, so muß gleichwohl ein Beweiserkenntniß gegeben werden und es darf auf den Notheid nicht interloquirt werden. Daraus folgt aber doch keineswegs, daß die ganze Beweisinstanz durchgemacht werden müsse, um zu sehen, ob das „wenn" eintreten könne. Die aus dem §. 398 der P. O. abgeleitete Folge ist also durchaus nicht schlüssig — nicht bewiesen.

Eben so wenig empfiehlt sich diese Ansicht von Seite der Zweckmäßigkeit.

Ueberdies scheint mir aber das Gegentheil dieser Behauptung aus den §§. 329, 393, 370 und 371 der P. O. — aus der hiernach auch für die richterlichen Prozeßhandlungen beibehaltenen Eventualmaxime zu folgen.

Um nur von dem §. 393 zu reden, so sagt dieser Paragraph gewiß klar genug, daß das Beweiserkenntniß unter gewissen Voraussetzungen am Schlusse des ersten Verfahrens erfolgen soll, ohne zu distinguiren, ob Beweis anticipirt wurde, oder nicht, und ob und in wiefern er ein Resultat hatte. Hätte er das Beweiserkenntniß durch den Einfluß der Beweisanticipation weiter hinausschieben wollen, so hätte er es sagen müssen. Da nun aber hier und im §. 398 der P. O. und an irgend einem andern Orte keine der allgemeinen Disposition des §. 393 derogirende Bestimmung gegeben ist, so muß das Beweiserkenntniß am Schlusse des ersten Verfahrens erfolgen, wenn auch der anticipirte Beweis noch nicht erhoben ist *).

Uebrigens wird er in der Regel — wenn man anders nur die Bestimmung des §. 249 mit ihren Folgen festhält — bis dahin ein bestimmtes Resultat geliefert haben.

Eben so wenig bin ich mit der fraglichen Deduction in sofern einverstanden, als sie behauptet, daß im ordentlichen Verfahren vor dem Unterrichter nach erstattetem Einredevortrage Beweismittel jeder Art von beiden Theilen anticipirt werden dürften — denn die Analogie des gemeinen Rechts, der angebliche Grund des Gesetzes und der §. 396 beweisen für diese Behauptung gar nichts, und sie widerstreitet schnurstracks dem Gesetzbuche.

Im §. 396 liegt hierüber keine Bestimmung; er sagt nicht, der Beweis kann mit allen möglichen Beweismitteln anticipirt werden, sondern nur, wenn er — versteht sich von selbst, auf zulässige Weise — anticipirt ist, so soll dies dem Anticipanten keinen Nachtheil bringen.

Die Analogie des gemeinen Rechts kann nichts beweisen, weil sie nicht Statt findet. Stellt man das hiervon genommene Argument logisch dar, so heißt es: Die nämlichen Principien haben die nämlichen Consequenzen, die Prozeßordnung hat in diesem Betreff die nämlichen Principien, Ergo ꝛc. Nun leuchtet es aber aus dem §. 249 und 398 der Pr. O. ein, daß das gemeine Recht dem anticipirten Beweise viel günstigee ist, als die P. O. — damit zerfällt also auch der Schluß. Ueberhaupt soll man nicht auf Analogieen eines andern, wenn auch geschichtlich mit dem jetzigen verbundenen, Gesetzbuches greifen, so lange die Bestimmungen des neuen Gesetzes ausreichen, oder gar, wie hier, die alte Bahn verlassen haben und, nach der Natur der Sache betrachtet, besser sind.

Die angebliche ratio der desfallsigen gemeinrechtlichen Bestimmungen mag *) darin bestehen, daß sich die Erheblichkeit des anticipirten Beweises erst nach der Einlassung beurtheilen lasse; diese ratio liegt aber unserem Gesetze nicht zu Grunde, die ratio unseres Verbots im §. 249 ist vielmehr eine ganz andere und viel umfassender — diese sehr vernünftige ratio besteht in der Wahrheit, daß das erste Verfahren bei Zulassung allartiger Beweismittel seinen nächsten und alleinigen Zweck — eine klare kurze Erörterung des

*) Damit soll aber nicht behauptet werden, daß die Prozedur über den anticipirten Beweis nun beruhe — das wäre gleichfalls ein Verstoß gegen die Eventualmaxime. K.

*) Das mag hier dahin gestellt bleiben. Ganz unbestritten ist die Sache nicht, cf. Thibaut Pand., alte Ausg., §. 1206, obgleich ich weiß, daß die Praxis auf jenem Rechtssatze etwas gilt. Besteht aber auch diese Praxis, und dieß *ratio*, so scheint jedenfalls die Praxis, wenn sie sich auf Tit. X, 2, 6, ut lite non contestata etc. und namentlich auf Cap. 5 dieses Titels stützte, ursprünglich zu weit gegangen zu seyn. Diese Gesetzesstellen verbieten keineswegs die Beweisanticipation, sondern nur die Beweiserhebung vor der Litiscontestation. Das Verbot ist sehr natürlich nach dem axiom audiatur et altera pars, scil. bevor ein Zeugenbeweis gegen ihn gilt, anderseits scheint es mir aus den Grundsätzen über die Lit. contestatio, und der Beweis von selbst zu folgen. Eine actio litigiosa — Prozeß — existirte erst mit der Contestatio bei persönlichen Klagen; Beweise können, außer im Prozeß, nur wenn periculum vorhanden ist, erhoben werden, woraus denn jenes Verbot sehr consequent sich ergiebt; daraus erklärt es sich, daß es auch nur in wahren Civilfällen Statt finden soll, cf. cap. 1 und cap. 3 Verb. porro speciales — l. c. Auch in den Consequenzen zeigt sich, daß cap. 5 cit. nur von Beweiserhebung spricht — wäre sonst die attestatio eine irrita et inanis? Wäre ein Zeugenbeweis nach unserem Gesetze blos deshalb nichtig, weil er mit der Klage anticipirt worden ist? — Vollends die Ueberschrift l. c K.

Digitized by Google

Factischen — verliere und daß deshalb Allotrien von ihm entfernt gehalten werden müssen, welche, ohne die Sache voraussichtlich zu schnellem Ziele zu führen, den Gang derselben nur schleppend machen und der Chikane die Thür öffnen würden *).

In der Deduction ist dagegen kein Gewicht auf den §. 575 gelegt, welcher doch scheinbar zu Gunsten der gegentheiligen Behauptung angeführt werden könnte. Mit Recht. Da die §§. 575 und 249 sich widerstreiten und §. 249 in Bezug auf die Klage ein specielleres Gesetz ist, so muß der §. 575 dahin beschränkt werden, daß man den Eid überall, nur nicht in der Klage, benutzen dürfe.

Aber auch bei dieser Beschränkung könnte man vielleicht in ihm noch eine Analogie zu Gunsten der gegentheiligen Meinung aus dem Grunde fordern, weil dem Eide alle möglichen Beweismittel substituirt werden können mittelst der Gewissensvertretung, und dies sogar nach einer Verzögerung? Hiergegen muß aber bemerkt werden, daß das Gesetz zu Gunsten des Eides im §. 575 offenbar etwas Singuläres, eine Ausnahme, statuirt, und es ist bekannt, daß Singularitäten keine Analogie geben; hätte der Gesetzgeber dies nicht als Singulare betrachtet, so wäre der Titel über den Beweis und das Beweiserkenntniß der Ort gewesen, im Allgemeinen sich auszusprechen. Dieses Singulare findet auch in den besonderen Verhältnissen dieses Beweismittels seine Erklärung und thut dem Grunde des §. 249 durchaus keinen Eintrag. Der Eid, an sich betrachtet, ist nämlich das allerschleunigste Beweismittel — nur durch ein Surrogat verliert er diese Eigenschaft (cf. P. O. §. 730 und 731). Auch nach der gegentheiligen Behauptung kann er erst in der Replik zugeschoben werden, mit der Replik schließen sich aber die meisten wohl geleiteten Prozesse — und nur von diesen darf hier gesprochen werden; jedenfalls enden 999 wohl geleitete Prozesse unter 1000 spätestens mit der Duplik. Es kann also dieses Beweismittel hiernach in der ersten Instanz nur in seiner Eigenschaft als schleuniges in Anwendung kommen. Erklärt der Probat auch in der Duplik, daß er sein Gewissen vertrete, so erfolgt doch — die allerseltensten Fälle ausgenommen — sofort das Beweiserkenntniß und der Anfang eines andern Verfahrens, dessen Natur dadurch nicht verändert werden kann. Das Gesetz konnte also wegen dieser besonderen Verhältnisse ohne alle Inconsequenz den Eid theilweise für eine Ausnahme von der Regel des §. 249 erklären, und die Regel im Uebrigen festhalten.

Auch auf die weitere, gleichfalls nur scheinbare, Unterstützung, welche die gegentheilige Meinung aus dem Umstande, daß der Gegenbeweis mit nicht schleunigen Beweismitteln auch gegen schleunige Beweismittel Statt finde, erlangen könnte, hat die Deduction kein Gewicht gelegt, und dies wieder mit Recht. Denn einmal ist es kein Grund, ein Gesetz, weil es nicht in allen Fällen seinen Zweck erreicht, hinweg zu interpretiren, und zum andern läßt sich aus anderen Gesetzesstellen, §. 300 *), vgl. mit 301, verb. „dem Kläger Beweis auferlegt" entnehmen, daß das Gesetz der Vertheidigung einräumt, was es einer besondern Art des Angriffs zuweilen versagt. Auch der Umstand ist zu beachten, daß bei Urkunden und Augenschein — wenn sie anders voll beweisen — selten ein Gegenbeweis Statt finden wird; ergiebt sich aber schon bei der Beweisantretung, daß sie nicht voll beweisen, so wird der Richter nach §. 255 von seinem Ermessen Gebrauch machen.

Ich glaube, die Richtigkeit meiner Ansicht folgt nicht nur aus der richtig erkannten ratio des §. 249, sondern auch aus der grammatischen Interpretation der §§. 249 und 293 der P. O. und ihrer analogen Anwendung auf Replik und Duplik ꝛc. einerseits, und aus der für die nicht ausgenommenen Fälle per argum. a contr. aus dem §. 575 der P. O. zu abstrahirenden Regel anderseits.

Uebrigens wird man mit der Deduction, wie in allen anderen Punkten, so auch darin einverstanden seyn, daß der Probat nicht mit Sicherheit den (directen) Gegenbeweis unterlassen darf, denn das ist in der Deduction auf's Evidenteste nachgewiesen. Die Reprobatio ist nur eine facultative Vertheidigung; sie wird nicht auferlegt, und ist also nothwendig, sobald als ein Angriff vom Gesetze zugelassen ist. — Das Bedenken v. Weilers l. c. wegen der Frist des §. 399 der P. O. giebt sich aus der Analogie des §. 674, Nr. 4 von selbst. Es ist einerlei, ob das Gesetz in gewissen Fällen (cas. summar.) die Vertheidigung mittelst des directen Gegenbeweises absolut, oder nur unter der Voraussetzung, daß das Ermessen des Richters den Angriff ausdrücklich für statthaft erklärt (prob. anticip.), bedingt erfordert — in einem, wie im andern Falle, hat der Angegriffene die nämliche Frist zur Vertheidigung — so viel Zeit nämlich, als er hat, um sich gegen die Klage selber zu vertheidigen. Processus ordinarius cum anticipatione imitatur naturam processus summarii.

Keller.

*) v. Weiler — Motive p. 19 — giebt zwar eine andere ratio — das darf aber um so weniger hindern, aus dem Gesetze selbst die wahre herauszufinden, als die angebliche wohl unbezweifelt auf eine durchaus irrige Voraussetzung fußt. K.

*) Beiläufig gesagt, sollte es in der 3. Zeile des §. 300 zu besserer Deutlichkeit statt „dadurch" heißen „damit". K.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 14. | Karlsruhe den 8. April 1837.

I.

Appellation gegen Versäumungserkenntnisse.

Die Prozeßordnung hat im §. 1178 die gemeinrechtliche Vorschrift: contumax non appellat, aufgenommen, aber durch eine Ausnahme beschränkt, wornach die Appellation gegen Versäumungserkenntnisse dann Statt findet, wenn die Beschwerde darin besteht, daß, der zugegebenen Versäumung ungeachtet, die als Folgen derselben gegen die säumige Partei ausgesprochenen Nachtheile den Rechten nicht gemäß sind, oder das gesetzliche Maß überschreiten.

So klar und einfach diese Bestimmung auf den ersten Blick scheinen mag, so bietet sie doch in der Anwendung einige Schwierigkeit dar.

Die Nachtheile, welche als Folgen der Versäumung gegen die säumige Partei ausgesprochen werden, sind nach §. 671 der P. O. in der Regel von zweifacher Art, nämlich

1) die unmittelbare, nächste Folge, der prozessualische oder formelle Nachtheil — der Ausschluß mit einer Prozeßhandlung, die Fiction eines Geständnisses — und

2) die mittelbare, durch das Eintreten jenes Nachtheils bedingte, Folge, der civilrechtliche oder materielle Nachtheil — die Abweisung des Klägers, die Verurtheilung des Beklagten.

Wenn eine Partei durch einen gegen sie erkannten Nachtheil der zweiten Gattung sich beschwert erachtet, wenn z. B. der verurtheilte Beklagte, welcher nach versäumter Vernehmlassung als gestehend angesehen und mit den Einreden ausgeschlossen wurde, seine Beschwerde darein setzt, daß die Klage nach ihrem Inhalte selbst in Rechten nicht gegründet sei, daß aus dem thatsächlichen Klaggrunde, obgleich er wahr sei und ihm keine Einrede entgegenstehe, den Gesetzen (dem Landrechte) gemäß das Klagbegehren gar nicht, oder doch nicht in dem ausgesprochenen Umfange, gefolgert werden könne — dann steht ihr nach §. 1178 gewiß das Rechtsmittel der Appellation zu. Ein Wiederherstellungsgesuch bei dem gravirenden Richter wäre für sie auch völlig zwecklos, da sie nicht die versäumte Handlung nachholen, sondern die nach ihrer Meinung materiell unrichtige Ansicht des Richters bekämpfen will, was mit Erfolg nur in der höheren Instanz geschehen kann. Wollte man ihr daher die sonst zulässige Appellation versagen, so würde sie als rechtlos die Versäumung zu schwer büßen.

Nicht eben so überzeugend läßt sich nachweisen, daß bei der Fassung des §. 1178 aus der darin statuirten Ausnahme auch an die unter Nr. 1 bezeichneten Nachtheile gedacht worden, daß somit auch dann die Appellation zulässig ist, wenn die Partei die Versäumung der Prozeßhandlung zwar zugiebt, aber durch den, als Folge derselben ausgesprochenen, formellen Nachtheil sich beschwert findet, weil er nach ihrer Behauptung dem Prozeßgesetze nicht entspricht, wenn z. B. der Richter bei der, zum Vortrage der Beweiseinreden erfolgten, Mittheilung der Beweisantretung ungeschickter Weise dem Probaten den Rechtsnachtheil angedroht und nach eingetretener Versäumung ausgesprochen hätte, daß der Beweissatz als zugestanden angenommen werde — ein Fall, der im Hinblick auf die in diesen Blättern schon vorgekommenen curiosa leider als möglich erscheint, und auch in minder auffallender Gestalt gedacht werden kann.

Für die negative Entscheidung dieser Frage läßt sich anführen, daß die Worte des §. 1178, wenigstens theilweise, an den §. 338 der P. O., somit an die materielle civilrechtliche Begründung, erinnern, daß der oben aufgestellte Grund des Gesetzes auf diesen Fall nicht passe und die fragliche Ausnahme als solche einer beschränkenden Interpretation unterliege, daß mithin die Partei den, obgleich ungesetzlich, dictirten Nachtheil durch das ihr verliehene einfache, ohne alle Entschuldigungsgründe vorzutragende, Wiederherstellungsgesuch zu beseitigen habe, statt durch das kostspielige Rechtsmittel der Appellation die Sache in die höhere Instanz überzuwälzen.

Allein das Gesetz spricht ohne alle Unterscheidung von den als Folgen der Versäumung erkannten Nachtheilen. Zu diesen gehören denn allerdings auch die im Verfahren verhängten Rechtsnachtheile, von welchen man im weiteren Sinne ebenfalls sagen kann, daß sie den Rechten (dem

Digitized by Google

Prozeßgesetze) nicht gemäß seien, und noch mehr, daß sie das gesetzliche Maß überschreiten. Es wird daher, wo das Gesetz nicht unterscheidet, dem Richter keine Unterscheidung erlaubt seyn.

Für diese Auslegung läßt sich ferner das Argument geltend machen, daß der Partei, die durch einen ungesetzlichen Ausspruch des Richters beschwert ist, nicht zugemuthet werden kann, bei dem gravirenden Richter selbst durch die Wiederherstellungsbitte zur Abwendung der ihr zugefügten Rechtsverletzung gleichsam ein peccavi auszusprechen, während doch, wie sie behauptet, der Richter durch seinen Mißgriff die Verletzung hervorgebracht hat.

Man pflegt aber in der Begünstigung dieser Appellation noch weiter zu gehen und die Ausnahme des §. 1178 überall zuzulassen, wo die Beschwerde gegen das Versäumungserkenntniß darin besteht, daß in dem, ihm vorausgegangenen, Verfahren irgend eine Vorschrift verletzt sei, weil auch in diesem Falle der ausgesprochene Nachtheil als ein widerrechtlicher angesehen werden müsse.

Von der Richtigkeit dieser Ansicht kann ich mich nun nicht überzeugen.

Es hat zwar ein solcher Fall mit dem vorhin gedachten Ausspruche eines prozeßordnungswidrigen Nachtheils in sofern einige Aehnlichkeit, als es dort, wie hier, um die Verletzung einer Prozeßvorschrift im weiteren Sinne sich handelt. Es mag ferner auch hier auffallend erscheinen, wenn die Partei, welche durch einen gesetzwidrig gegen sie verhängten Nachtheil sich beschwert glaubt und nach ihrer Behauptung keine wirkliche Versäumung sich zu Schulden kommen ließ, bei dem beschwerenden Richter selbst dennoch als säumig sich bekennen und um Wiederherstellung bitten soll. Demungeachtet ist für den zuletzt aufgestellten Fall die Unzulässigkeit der Appellation im Gesetze so bestimmt verordnet, daß sie durch jene Reflexionen etwa nur in ihrer legislativen Begründung angegriffen, aber in der bestehenden Gesetzgebung nicht beseitigt werden kann.

Nach dem unzweideutigen Ausdrucke des §. 1178 soll die Ausnahme nur dann eintreten, wenn die Partei zwar die Versäumung zugiebt, oder doch nicht bestreiten will, hingegen die als Folgen derselben ausgesprochenen Nachtheile den Rechten nicht gemäß, oder das gesetzliche Maß darin überschritten findet. Von derjenigen Partei, welche ihre Beschwerde auf die Verletzung einer Vorschrift in dem vorausgegangenen Verfahren, z. B. auf die Behauptung gründet, daß die Ladung ihr nicht gehörig zugestellt worden, daß die Frist noch nicht abgelaufen gewesen sei, kann man aber doch in der That nicht sagen, daß sie die Versäumung zugebe; sie behauptet vielmehr gerade das Gegentheil, daß nämlich eine Versäumung gar nicht existire und beim Mangel ihrer gesetzlichen Voraussetzungen nicht existiren könne. Sie will auch nicht nachweisen, daß der erkannte Nachtheil aus der vorausgesetzten Versäumung nicht folge, sie kann vielmehr, unbeschadet ihrer Beschwerde, anerkennen, daß derselbe Nachtheil gesetzlich eintreten würde, wenn die nach ihrer Behauptung nicht vorhandene Versäumung wirklich vorläge. Sie will nicht die Logik in der Conclusion des Richters, sondern die Wahrheit einer Prämisse anfechten.

Es scheint mir daher gewiß, daß der Gesetzgeber die Ausnahme des §. 1178 auf diesen Fall nicht ausdehnen wollte. Wäre dies seine Absicht gewesen, so würde er auch hier, wie anderwärts, die Beschwerde wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens ausdrücklich hinzugefügt haben. Die entgegengesetzte Intention erhellt auch daraus, daß unmittelbar vorher im §. 1175 sogar bei mangelnder Summe diese Beschwerde allgemein zugelassen, dann aber im §. 1178 durch einen Gegensatz jede Appellation gegen Versäumungserkenntnisse mit einer einzigen Ausnahme gänzlich untersagt wurde.

Ueber die Frage, ob wirklich eine Versäumung vorliege, ob das, dieselbe bedingende, Verfahren den Vorschriften der Prozeßordnung entspreche, soll kein devolutives Rechtsmittel Statt finden, kein Streit in der höheren Instanz geführt werden. Dafür steht der Partei, die als säumig erklärt wurde, das bequeme Wiederherstellungsgesuch, bei dem sie einen etwaigen Ungehorsam nicht einmal zu entschuldigen braucht, so sicher zu Gebote, daß nach §. 672 ihr Gegner gar kein Rechtsmittel gegen den restituirenden Beschluß einlegen darf und nur sie selbst appelliren kann, wenn der Richter ihrem Gesuche nicht willfahrt.

Es würde wohl auch in der Anwendung zu weit führen, wenn man der Ausnahme, die als solche eine beschränkende Auslegung fordert, die oben gedachte Ausdehnung geben wollte, die Ausnahme würde dadurch bei den leicht aufzufindenden, wirklichen oder vorgeblichen, Formfehlern zur Regel erhoben, so daß es wenig inappellable Versäumungserkenntnisse mehr geben würde. Dies würde neben dem Uebelstande, daß mancher Prozeß nach Willkühr der einen Partei mit einer bedeutenden Kostenvermehrung in die zweite Instanz gebracht würde, den weiteren Nachtheil erzeugen, daß in den meisten Fällen nach §. 1223 und 1224 der P. O. die Hauptsache selbst ohne Zurückweisung an den Unterrichter, folglich mit Umgehung einer Instanz, vom Appellationsgerichte entschieden werden müßte, weil nach §. 671 das Versäumungserkenntniß in der Regel neben dem Ausschlusse der versäumten Prozeßhandlung zugleich das Urtheil in der Sache selbst enthalten soll, was freilich auch außer dem Falle des §. 415 nicht immer möglich ist. Eine solche Erscheinung lag aber gewiß nicht in der Absicht des Gesetz-

Digitized by Google

geber's, der bei Versäumungserkenntnissen der Regel nach die Appellation ganz ausschließen wollte.

Ich glaube mithin, daß die oben gedachte Ausdehnung der Ausnahme des §. 1178 nach Wort und Geist der Prozeßordnung sich nicht rechtfertigen läßt *). Dabei halte ich es auch für unstatthaft, aus dem gemeinen deutschen Prozesse, den man ebenfalls für jene Meinung anführt, unter der Form der Interpretation solche Bestimmungen in unser neues Gesetz überzutragen, die mit seinen klaren Dispositionen im Widerspruche stehen.

Ob übrigens der §. 1178 alle legislativen Anforderungen befriedigt, will ich hier nicht untersuchen. Da er nach der Erfahrung zu wesentlich verschiedenen Resultaten der Auslegung Anlaß gegeben hat, so dürfte er schon deshalb bei einer künftigen Revision der Prozeßordnung, wobei ihrem ganzen Contumacialsysteme eine nähere Prüfung bevorsteht, nicht unbeachtet bleiben. Woll.

II.

Bemerkungen, die Bestellung von Cautionen zu Befreiung vom Untersuchungsverhaft betreffend.

Manche unserer vaterländischen Richter sind der Ansicht: „Daß ein in Untersuchung befangenes, verhaftetes Individuum gegen Sicherheitsleistung in Geld u. dgl. bis zu endlicher Erledigung der Sache unter Umständen auf freien Fuß gesetzt und, wenn es sich der etwa zu erkennenden Strafe durch die Flucht entziehen sollte, die gestellte Caution für die Gerichtskasse eingezogen werden könnte."

Allein unsere ältere und neuere einheimische Strafgesetzgebung enthält keine Bestimmung, welche jene Maßregel rechtfertigen würde.

In der hülfsweise anzuwendenden peinlichen Gerichtsordnung finden wir zwar einzelne Artikel, welche von einer Cautionsleistung des Angeschuldigten sprechen, sie stehen aber in keiner Beziehung zu dem Falle, von welchem hier die Rede ist. Man sehe die Art. 153 und 176. Ersterer handelt von einer Caution für Azungskosten u. dgl., welche für einen, einer Tödtung geständigen, Angeschuldigten gestellt werden soll, der den Beweis seiner Straflosigkeit führen will, also für Kosten, welche durch Verlängerung des Untersuchungsverhafts erwachsen. Der Art. 176 spricht von einer Caution, die wegen Androhung eines Verbrechens und zu Verhinderung der Vollführung desselben zu leisten ist.

Mehrere ältere Rechtslehrer, welche sich auch zu obiger Ansicht bekannten, wollten sie zum Theil aus den Vorschriften des zweiten Buchs der Pandecten, Tit. V, si quis in jus vocatus, non ierit, und Tit. VIII, qui satisdare cogantur, rechtfertigen. — Aus der Stellung, welche diese Titel im Gesetzbuche erhalten haben, ersieht man aber, daß sie nur den Civilprozeß betreffen und die Bestimmungen, die daraus entlehnt werden sollen, nur auf der Eigenthümlichkeit der römischen Prozeßordnung beruhten, wornach der Beklagte dem Kläger sogleich vor den Prätor folgen mußte und, wenn er sich dazu nicht verstehen wollte, eine cautio de judicio sisti zu leisten hatte. (Vgl. Glück Commentar Bd. II, §. 238, 242 ff.)

Mehr Gewicht könnte man auf L. 3. D. de custodia reorum legen, besagend:

„non esse in vincula conjiciendum eum, qui *fidejussores* dare paratus est, nisi etc."

und auf L. 4 desselben Titels, wornach, wenn die Bürgschaft angenommen worden ist, um einen Angeschuldigten vom Untersuchungsverhafte zu befreien, dem Bürgen eine Geldstrafe auferlegt werden konnte, „si reum non exhibuerit."

Diesen Gesetzen würde man aber gewiß eine zu große Ausdehnung geben, wenn man damit auch die Zulässigkeit der Bestellung einer Geldcaution durch den Angeschuldigten selbst und das Recht zur Confiscation derselben beim Austritte des Angeschuldigten begründen wollte. Denn bei Bestellung eines Bürgen, als Sicherheitsmittel zu Sistirung des Angeschuldigten, ist die Möglichkeit in größerem Maße dafür gegeben, daß der Angeschuldigte auch wirklich sistirt werde, als im zweiten Falle. Der Bürge hat nämlich ein vorzügliches Interesse dabei, daß der Angeschuldigte nicht entfliehe, weil sonst er, der an dem Verbrechen des Andern unbetheiligte Bürge, bestraft würde. Er bewacht deshalb die Schritte des Angeschuldigten und wird von jedem Verdacht erregenden Benehmen des Letzteren die Obrigkeit benachrichtigen, sie zu Ergreifung anderweitiger Vorsichtsmaßregeln veranlassen und bei besorgter Annäherung einer ihm drohenden Gefahr allenfalls um Entlassung von der Bürgschaft und Verhaftung des Angeschuldigten bitten. Bei Bestellung der Geldcaution durch Letzteren stünde es dagegen in dessen Wahl, durch Aufopferung der Caution von der Strafe sich gewissermaßen loszukaufen, um in einer andern Zone ein neues Vaterland zu suchen.

Die gegen den Bürgen nach der oben angeführten Gesetzesstelle zu erkennende Strafe hat überdies keine Aehnlichkeit mit der Confiscation der vom Angeschuldigten gegebenen Geldcaution. Man muß vielmehr in dem fraglichen

*) Unter den Zusätzen und Abänderungen, welche die Prozeßordnung erhalten soll, ist übrigens in dem der zweiten Kammer am 13. März 1837 vorgelegten Gesetzentwurfe auch ein Zusatz zum §. 1178 einhalten, welcher folgendermaßen lautet:

„Auch dann ist die Appellation gegen ein Versäumungserkenntniß zulässig, wenn die Beschwerde darin besteht, daß gar keine Versäumniß Statt gefunden habe." D. R.

Digitized by Google

Falle den Bürgen als einen Gehülfen bei der Flucht des Angeschuldigten betrachten und dafür bestraft man ihn.

Mag aber auch das ältere Recht, was immer gestattet, und mag die ältere Praxis was immer für Grundsätze in obiger Beziehung in die Gerichte eingeführt haben, so würde der Einzug der Caution für den Fiscus in dem mehr gedachten Falle doch nach unserer neuesten vaterländischen Gesetzgebung durchaus unzulässig seyn.

Die Caution würde nämlich nach der Intention der Vertheidiger der oben angeführten Meinung nicht zum Zwecke der Sicherung der Gerichtskosten auferlegt, und sie könnte auch aus diesem Grunde nicht auferlegt werden, weil der Untersuchungsverhaft, von welchem der Angeschuldigte durch die Cautionsbestellung sich befreien will, nicht deshalb verhängt oder verlängert werden dürfte, um dereinst, wenn der Inculpat verurtheilt werden sollte, die Gerichtskosten von ihm erpressen zu können, sondern (abgesehen von der Vermeidung von Collusionen) um ihn zu verhindern, daß er sich der Strafe entziehe.

Der Einzug der Caution im Falle der Flucht des Verbrechers soll daher eine wirkliche Strafe seyn.

Diese Strafe bestünde dann in der Confiscation eines Vermögentheils des Angeschuldigten, den dieser, sei es durch baare Darlegung, oder durch Pfandverschreibung, zur Disposition des Gerichts gestellt hat.

Aber schon §. 16 unserer Verfassungsurkunde verbietet alle Vermögensconfiscationen. Die allgemeine Vorschrift der Constitution erhielt dann ihre Erläuterung und weitere Ausbildung durch das Gesetz vom 5. October 1820 (Rggsbl. Nr. XV, S. 86).

In §. 2 desselben ist rücksichtlich der in peinliche Untersuchungen verwickelten flüchtigen Individuen ganz allgemein und ohne zu unterscheidn, ob der Flüchtling vorher verhaftet war oder nicht, und ob er aus dem Arreste oder von einem andern Orte hinweg geflohen ist, die Bestimmung des §. 206 der peinlichen Gerichtsordnung wiederholt, daß in jenem Falle das Vermögen des Angeschuldigten verzeichnet (nicht aber confiscirt) werden soll.

Diese Verzeichnung hat keinen andern Zweck, als dem Flüchtigen den Aufenthalt in der Fremde durch Entziehung der Mittel zu seiner Existenz zu erschweren und ihn dadurch zur Rückkehr zu vermögen. Sie hat auch, wenn der Ausgetretene auswärts stirbt, oder wenn er für verschollen erklärt wird, keine andere Folge, als die, welche in dem Falle eintreten würde, wenn das betreffende Individuum keines Verbrechens wegen flüchtig wäre, es geht sein Vermögen auf dessen Erben ohne allen Abzug über. Aehnliche Bestimmungen sind für den Fall gegeben, wenn das Verbrechen, wegen welches das Individuum die Flucht ergriffen hat, mit dem (natürlichen oder) bürgerlichen Tode bedroht wäre.

Nur von dem Vermögen der Deserteurs und Refractairs darf ein, in quantitativer Hinsicht im Gesetze genau bestimmter, Abzug als Strafe gemacht werden.

Gerade dieser Ausnahmsfall befestigt die Regel, mit welcher dann die Confiscation einer Caution unvereinbarlich wäre. Hätte es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, eine solche zuzulassen, so würde in dem fraglichen Gesetze der Ort gewesen seyn, sich darüber auszusprechen.

Es ist zwar im Gesetze von 1820 noch von Confiscation einzelner Gegenstände die Rede. Der für solche Fälle ausdrücklich angeführte Grund der Confiscation (der mit den betreffenden Objecten getriebene Mißbrauch) paßt aber, was keiner besondern Erörterung bedarf, nicht auf eine Caution. Es sind hauptsächlich polizeiliche Straffälle gemeint, z. B. Confiscation der Lotteriefonds (Edict vom 3. October 1811, §. 11.), schädlicher Victualien, verbotener Waffen u. dgl.

Läßt sich hiernach die Confiscation einer Caution nicht rechtfertigen, so fällt auch aller Grund einer Bestellung derselben von selbst hinweg.

Um den Grundsatz: „*nulla poena sine lege*“ beseitigen zu können, hat man endlich auch noch dazu gegriffen, die fragliche Strafe als eine Conventionalstrafe zu bezeichnen. Hierbei vermengt man aber wieder das Civil- und das Strafrecht, da nur zwischen Civilparteien Verträge unter Strafgedingen geschlossen werden können und es ohnehin unter der Würde des Staats wäre, wenn dieser durch seine Richter mit dem, vor den Schranken erschienenen, Verbrecher einen Vertrag unter Privatstrafgedingen abschließen lassen wollte. Kirn.

III.

Rechtsfall einer Ladungsversagung.

(Goffrie gegen Steinberg.)

Am 8. August 1836 war folgende Klage bei dem Stadtamte Mannheim erhoben worden:

„Die Adam Müller'schen Ehegatten hatten eine Forderung von 856 fl. 42 kr. an die Masse des Hofraths Steinberg, wie die Anlage vom 14. September 1820 beweist. Davon wurden 400 fl. bezahlt und es stehen noch 456 fl. 42 kr. zurück. Diese Forderung gieng nach der weitern Anlage auf Wirth Goffrie über. Der Steinberg'sche Massecurator Kohl zahlt aber nicht. Ich bitte daher, denselben zur Zahlung der 456 fl. 42 kr. sammt Zinsen vom Tage der Klage an zu verurtheilen.“

Das Amt verfügte hierauf:

In Erwägung

a) daß das römische Recht eine Klage nur dann zuläßt, wenn der Schuldner vorher außergerichtlich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit angesprochen worden ist (Mühlenbruch Pandecten, Th. I. §. 192, cf. L. R. S. 1139, und Zachariä franz. Civilrecht Th. II. §. 308, wo in Bezug auf die mora noch mildere Grundsätze für den Schuldner aufgestellt sind);

b) daß das römische Civilrecht hier Anwendung findet (L. R. S. 4 b);

c) daß in dem Klagvortrage die Behauptung nicht vorkommt, daß Beklagter zu Erfüllung seiner Verbindlichkeit bereits außergerichtlich aufgefordert worden ist, wird verfügt:

1) Es wird die Klage unter Verfällung in die Kosten angebrachtermaßen abgewiesen.

2) Nachricht hiervon dem Beklagten.

Anmerkung. Das Obergericht war nicht in der Lage, die Grundsätze, welche bei obiger Entscheidung vom Unterrichter angenommen wurden, zu würdigen, weil der Kläger, welcher das Rechtsmittel der Berufung ergriffen hatte, auf dasselbe wieder verzichtete *). Kirn.

*) Und das Publicum wird einer Beleuchtung der angeführten Entscheidungsgründe wohl auch nicht bedürfen. D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 15. | Karlsruhe den 15. April 1837.

I.

Hat der Cessionar ein Klagrecht gegen den cedirten Schuldner ohne vorgängige (feierliche) Bekanntmachung der Cession? (Zu Nr. 22, S. 135 und Nr. 30, S. 181 der Annalen, Jahrgang 1836.)

Der L. R. S. 1138 sagt: Die Verbindlichkeit zur Uebergabe einer Sache entsteht aus der bloßen Uebereinkunft der Vertragspersonen. Sie macht den Gläubiger zum Eigenthümer. Dadurch ist die Regel des römischen Rechts: traditionibus domini a rerum non nudis pactis transferuntur, l. 20 Cod. de pactis (2, 3) abgeändert. Eine Anwendung des allgemeinen Princips des S. 1138 ist gemacht bei dem Kaufe in S. 1583 und bei dem Tausche in S. 1703, indem durch den bloßen Abschluß des Vertrags, ohne daß es der Uebergabe bedarf, das Eigenthum übergeht. Eben so sollte man hiernach auch bei dem Verkaufe von Forderungen und unkörperlichen Rechten, Cession (transport) erwarten, daß mit dem Abschlusse des Vertrags das Eigenthum auf den Käufer übergienge. Allein hier ist der Uebergang des Eigenthums auf den Käufer von einer besondern Förmlichkeit abhängig gemacht, nämlich entweder von der feierlichen Bekanntmachung an den Schuldner, oder von einer Urkunde, in welcher der Schuldner sagt, daß er die Uebertragung annehme, L. R. S. 1690. Voe Beobachtung dieser Vorschrift bleibt das Eigenthum auf dem Cedenten, so daß der Schuldner die Schuld dem Cedenten gültig abtragen und der Cedent die Zahlung der Schuld von dem Schuldner gültig annehmen kann, S. 1691. Man kann umgekehrt auch sagen, weil der Schuldner noch gültig zahlen und der Cedent die Zahlung gültig annehmen kann, bevor die genannte Formalität erfüllt ist, so ist der Cedent, nicht aber der Cessionar, als Eigenthümer anzusehen. Das Recht des Cessionars ist daher auch ohne diese Bekanntmachung oder Annahme unwirksam. Ein unwirksames Recht kann aber, bevor die Voraussetzung eingetreten ist, von welcher dessen Wirkung abhängt, nicht geltend gemacht, nicht eingeklagt werden. Nach §. 360 der P. O. hat der Richter auf eine solche Klage sogleich zu verfügen: „Die Klage findet noch zur Zeit nicht Statt.“ Eben daher muß der Richter eine Klage des Cessionaes gegen den Schuldner als noch zue Zeit nicht statthaft abweisen, weil, wie gesagt, die wesentliche Voeaussetzung, durch welche der Cessionae Eigenthümer wied, von diesem nicht beobachtet wuede.

Die so eben vorgetragenen Grundsätze über das Eigenthum an Klagen und Forderungen und übee den Verkauf derselben finden sich in *Pothier*: Traité du contrat de vente, Nro. 555; Traité de la propriété, Nro. 119, 214, woraus, so wie aus *Maleville*, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil ad art. 1690, man ersieht, daß der Satz, daß die Signification erst das Eigenthum übertrage, aus Art. 108 der Coutume de Paris genommen wurde, welcher Artikel so lautet:

> Un simple transport ne saisit point, il faut signifier le transport à la partie et en bailler copie,

daher sagt auch Pothier a. a. O. Nr. 215:

> Faute de signification ou d'acceptation du transport de la créance, la propriété n'en est point transferée au cessionaire, le cédent en demeure toujours le proprietaire.

Statt dieser Theorie läßt sich auch annehmen, wie sich dies findet in Zachariä's Handbuch, 3. Aufl, §. 395, daß durch die Cession zwae das Eigenthum auf den Cessionae übergehe, daß dieses jedoch gegen Dritte (d. h. nach L. R. S. 1689 andeee, als die beiden Contrahenten, andere, als dee Cedent und der Cessionae) nicht geltend gemacht werden könne, so lange keine Bekanntmachung oder Annahme erfolgt ist; daß daher dae Eigenthum des Cessionars noch nicht vollständig wirksam, sondern dessen Wiekſamkeit von dem Eintritte einer Voraussetzung abhängig gemacht seie. Eine Klage auf ein solches, noch nicht vollständig wirksam gewordenes, Recht aber muß, wie gesagt, dee Richtee nach §. 360 der P. O. als noch zue Zeit unstatthaft abweisen.

In dem Aufsatze Ne 22 dee Annalen von diesem Jahre, S. 181 wird behauptet, daß eine Klage trotz des Mangels der Bekanntmachung gegen den Schuldner statthaft seie.

Digitized by Google

Das was der Verfasser des Aufsatzes zu Vertheidigung dieser Behauptung sagt, läßt sich in Folgendes zusammenfassen:

1) Die in Satz 1690 ausgesprochene, von der Bekanntmachung an den Schuldner abhängig gemachte, Wirkung des Besitzes der cedirten Forderung gegen Dritte gelte nicht auch gegen den Schuldner, denn von den Wirkungen der Bekanntmachung in Beziehung auf den Schuldner rede der Satz 1691, dadurch sei angedeutet, daß der Schuldner im Satz 1690 nicht unter Dritten verstanden werde, sonst wäre der Satz 1691 überflüssig.

2) Durch die Cession ändere sich das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner nicht, und da jener ohne Bekanntmachung klagen könne, so müsse es auch dem zweiten Gläubiger gestattet seyn, wie bei dem Erben einer Foederung.

3) Die Klage selbst gelte gegen den Schuldner als Bekanntmachung.

4) Die Sätze 1690 und 1691 bestimmten nur das Rechtsverhältniß, wodurch der Cessionar sein Recht schütze und verwirkliche; allein was der Cessionar zu thun habe, um sein Recht gegen den Schuldner dem Richter vorbringen zu können, dies wäre in diesen Sätzen nicht bestimmt, eben so wenig aber auch in der Prozeßordnung.

5) Wäre bei der Subrogation nach Art. 1250, Nr. 1 und im römischen Rechte bei der Cession überhaupt keine Bekanntmachung verlangt, vielmehr könnte der Cessionar als procurator in rem suam alsbald Klage erheben?

Hierauf läßt sich erwiedern,

ad 1. daß der Satz 1690 unter dem Ausdrucke „Dritte" jeden Andern, als die beiden Contrahenten (Cedent und Cessionar) verstehe, dies folgt zuvörderst aus dem Princip, daß die Bekanntmachung die Stelle der Tradition vertrete, oder daß vor dieser Bekanntmachung der Cessionar kein vollwirksames Eigenthum an der Forderung erlange. Denn wäre er nicht unter dem Dritten verstanden, so würde der Cessionar den Besitz des cedirten Rechtes gegen den Schuldner ohne Bekanntmachung erlangen. Damit aber gar kein Zweifel darüber obwalte, so giebt sodann der S. 1691 zu erkennen, daß vor der Bekanntmachung der Schuldner noch gültig an den Cedenten zahlen könne, spricht also der Unterlassung der Bekanntmachung dieselbe Wirkung gegen den Schuldner, als gegen Dritte, zu. Man kann daher den Satz 1691 als einen Absatz oder als eine beispielsweise Erläuterung ansehen, ohne ihn gerade für überflüssig zu halten. Ganz in diesem Sinne lauten die Worte in *Duranton*, Cours de droit français, Tit. VI. du contrat de vente, Nro. 496:

„Mais à l'égard du debiteur de la créance cedée et à l'égard des tiers le cessionaire d'après l'art. 1690 n'est saisi que par la signification,"

und in *Delvincourt*, Cours de Code civil, pag. 176:

Pour qu'elle (la cession) soit valable à l'égard des tiers et même du debiteur, il faut en outre que la cession ait été signifiée à ce dernier ou acceptée par lui.

Eben so äußert sich auch Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts, 2. Aufl., §. 292 und 3. Aufl., §. 395.

Ad 2. Der Satz, daß das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner durch Cession nicht geändert werde und deshalb der Cessionar so gut wie der Erbe schlechthin die Rechte des Cedenten ausüben könne, ist wahr und falsch zugleich. Wahr ist er in sofern, als er von der durch wirkliche Signification perfect gewordenen Rechtsüberteagung ausgesagt wird. Falsch ist er, in sofern man ihn auf eine wegen Mangels der Signification noch nicht vollwirksame Uebertragung anwendet. Der Erbe im engern Sinne kann die Rechte des Erblassers gegen dessen Schuldner nur in sofern schlechthin geltend machen, als er Kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr der Erbschaft kommt; da nun aber für das Rechtsverhältniß der Cession das Gesetz aus nahe liegenden Gründen eine abweichende Bestimmung giebt, so ist hier der analoge Schluß unstatthaft.

Ad 3. Zu Begründung der Klage gehört ein vollkommenes Recht (Weber Beiträge zur Lehre von den gerichtlichen Klagen und Einreden, 3. Aufl.), oder ein völlig wirksames, vom Staate anerkanntes, Recht (Martin Civilprozeß, 11. Aufl., §. 87).

Ist die Wirkung des Rechts erst vom Eintritte einer gewissen Voraussetzung abhängig, so findet vorher die Klage noch zur Zeit nicht Statt, welches, wie schon gesagt, der §. 360 der P. O. vorschreibt.

Vorher muß eine Bekanntmachung an den Schuldner Statt gefunden haben, dann erst ist das Recht des Cessionars vollkommen und gegen Jedermann oder völlig wirksam, und dann erst kann der Cessionar klagen, ohne daß ihm der §. 360 der P. O. entgegensteht. Die Klage selbst kann nicht zugleich als Bekanntmachung gelten, denn als Klage geht sie auf richterliche Anerkennung der völligen Wirksamkeit des zu verfolgenden Rechtes und auf Anwendbarkeit dieser Berechtigung auf den Kläger (Martin a. a. O. §. 88). Sie geht nicht auf Bekanntmachung. Jenes Recht hat aber der Kläger nicht eher, als bis diese erfolgte. Geht die Klage auf Bekanntmachung (Signification) und zugleich auf Anerkennung des Rechts und Verurtheilung des Beklagten, dann muß jene zuerst erfolgt seyn, ehe die Klage auch auf Anerkennung des Rechts gerichtet seyn darf.

Der von dem Verfasser des Aufsatzes gemachte Vorwurf, daß dies eine Verschleifung des Prozesses wäre, hebt sich durch die Bemerkung, daß die Bekanntmachung nicht mehr Zeit wegnimmt, als der Eintrag eines Kaufes in das Grundbuch, ohne welchen ja auch der Käufer sein Eigen-

Digitized by Google

thum gerichtlich nicht geltend machen darf. Der Verfasser wird aber die Erfordernisse dieses Eintrags gewiß keinen Prozeßverschleif nennen. Wenn aber auch der Vorwurf gegründet wäre, so ist die Bekanntmachung bei der Cession einmal vorgeschrieben, sie muß also auch beobachtet seyn, wenn die Cession bei dem Richter geltend gemacht werden will. Dadurch widerlegt sich auch das, was

ad 4. behauptet wird. Die Sätze 1690 und 1691 bestimmen, von welcher Voraussetzung der Uebergang des Eigenthums auf den Cessionar sowohl dem Cedenten, als dem Schuldner, und anderen dritten Personen gegenüber abhängig gemacht wird. Sie bestimmen dadurch, was der Cessionar thun muß, ehe er seine Cession gegen Andere, als den Cedenten, gerichtlich geltend machen kann, daß nämlich Bekanntmachung oder Annahme der Cession vorhergegangen seyn muß.

Ad 5. Die Vergleichung mit dem römischen Rechte zeigt nur, daß dieses die fragliche Voraussetzung oder positive Bestimmung nicht macht, von welcher man deshalb so wenig abgehen darf, als weil bei der Subrogation im Satz 1250, Nr. 1 eine Bekanntmachung nicht erfordert wird. Denn die Subrogation überhaupt unterscheidet sich von der Cession dadurch, daß sie ohne den Willen des Gläubigers geschehen kann, S. 1250, Nr. 2, während die Cession immer nur mit Einwilligung des Gläubigers, d. i. des Cedenten, zu Stande kommt. Ferner erlischt durch die Zahlung des Dritten an den Gläubiger die Schuld für diesen, weshalb auch die Subrogation in dem Kapitel vorkommt, welches von Erlöschung der Verbindlichkeiten handelt, während bei der Cession der Cedent dem Cessionar verhaftet bleibt, wie dies die Motive von Bigot-Préameneu, welcher Berichterstatter im Staatsrathe war, in §. 128 aussprechen (*Locré*, Legislation civile, ad art. 1249, 1250).

Ferner unterscheidet sich die Subrogation auch noch dadurch von der Cession, daß bei ihr der Rechtseintritt durch die Zahlung und mit der Zahlung geschieht und geschehen muß, während bei der Cession die Bezahlung des Cedenten dem Cessionar creditirt werden und später geschehen kann, was bei jedem Kaufpreise gestattet ist (*Locré* a. a. O.).

Was also besonders rücksichtlich ihrer Wirksamkeit von der Subrogation gilt, gilt nicht auch von der Cession, eben so umgekehrt (*Duranton* a. a. O. liv. 3. tit. 3. Chap. 5, Nr. 125 in Bd. 12).

Uebrigens verlangt *Toullier* a. a. O. liv. 3. tit. 3. Chap. 5, Nr. 127 zur Wirksamkeit einer mit Subrogation gemachten Zahlung die Eröffnung an den Schuldner oder Annahme von demselben. Er verlangt dieses deshalb, weil er die Cession der Subrogation von Satz 1250, Nr. 1 ganz gleichstellt, er verlangt also wegen dieser Gleichheit gerade das Umgekehrte, was der Verfasser des Aufsatzes aus der Rechtsgleichheit folgert. Mag man nun der Ansicht Toulliers oder der Durantons folgen, und mag man die Aehnlichkeit der Cession mit der Subrogation oder die Differenzen derselben im Auge haben, immerhin bedarf die Cession der Signification oder Annahme, um die übertragene Forderung gegen Andere, als den Cedenten, geltend machen zu können.

Die Gründe, aus welchen die Unterlassung der Bekanntmachung (Signification) zum Behufe der Klagbarkeit der Cession gegen den Schuldner als überflüssig erscheinen soll, sind wohl alle widerlegt, nicht nur durch den Satz, daß ohne die Bekanntmachung der Cessionar nicht vollkommener Eigenthümer wird, sondern auch durch die Bestimmung in §. 360 der P. O., daß eine jede Klage so lange noch zur Zeit nicht Statt findet, so lange die zur Wirksammachung des klagbaren Rechts noch besonders nöthigen Voraussetzungen nicht eingetreten sind.

Jeder Cessionar muß daher, bevor er gegen den Schuldner Klage erheben will, diesem die Cession eröffnen oder sie von ihm annehmen lassen. So erkannte denn auch das Hofgericht des Unterrheins und erließ seitdem ähnliche zurückweisende Verfügungen, worauf die Kläger, statt die Oberberufung zu ergreifen, es vorzogen, die Bekanntmachung zu bewirken und dann eine verbesserte Klage einzureichen. Während alle französischen Schriftsteller die Nothwendigkeit der Signification zugestehen, wozu die ad 1 gemachten Citate gehören, findet sich bei keinem die Behauptung, daß die Signification gegen den Schuldner überflüssig wäre und daß ohne eine solche der Cessionar gegen den Schuldner klagen könne.

J. Sommer.

Anmerk. der Red. Unter den „dritten Personen," von welchen der S. 1690 spricht, wird man allerdings auch den Schuldner verstehen müssen, denn wenn von einer zwischen „dem Rechtsgeber und dem Rechtsnehmer" zu Stande gekommenen Cession die Rede ist, so sind wohl alle anderen Personen, außer den beiden Contrahenten, Dritte, folglich sowohl der Schuldner der Forderung, über welche contrahirt wurde, als auch die dem Rechtsverhältnisse ganz fremden Personen.

Wenn daher der S. 1690 sagt, daß der Cessionar erst durch die Bekanntmachung der Cession an den Schuldner den Besitz der cedirten Forderung gegen „dritte Personen" erlange, so bezieht sich dies zwar nicht auf das Verhältniß zu seinem Contrahenten (dem Cedenten), wohl aber auf das Verhältniß

1) zum Schuldner (debitor cessus) und
2) zu anderen Personen.

Fragen wir nun zuerst

ad 2. hinsichtlich der letzteren Personen, was der erwähnte Mangel des Besitzes ihnen gegenüber für eine Wirkung habe? — so werden wir antworten müssen: Dieselbe

Digitized by Google

Wirkung, welche der Mangel des Beſitzes bei dem Erwerbe anderer Fahrniſſe überhaupt hat; denn im Titel über die Ceſſionen (S. 1689 u. ff.) iſt darüber nichts Beſonderes beſtimmt. Der S. 1690 ſagt keineswegs, daß der bloße Ceſſionsvertrag das Eigenthum noch nicht übertrage, wie die allgemeine Vorſchrift des S. 1138 dies ſonſt mit ſich bringt, ſondern er ſagt nur, wie der Beſitz erlangt werde. Nur hinſichtlich des Beſitzes, der bei anderen Fahrniſſen durch jede Uebergabe oder Occupation erlangt wird, enthält der S. 1690 in Bezug auf cedirte Forderungen die eigenthümliche Vorſchrift, daß derſelbe gegenüber Dritten nur durch die Bekanntmachung der Ceſſion an den Schuldner erlangt werde.

Die Behauptung, daß der S. 1690 in Bezug auf den Eigenthumsübergang eine von der allgemeinen Beſtimmung des S. 1138 abweichende beſondere Vorſchrift enthalte, iſt alſo mit nichts begründet und der S. 1138 muß auf die Uebertragung von Forderungen eben ſo Anwendung finden, wie auf die Uebertragung andern Eigenthums.

Eine Folge davon iſt namentlich, daß nach S. 1138 die Gefahr der übertragenen Forderung vom Ceſſionstage an auf den Ceſſionar, als auf den Eigenthümer, übergeht, wenn gleich die Bekanntmachung an den Schuldner noch nicht geſchehen iſt.

Auch darüber, was die Wirkung des noch mangelnden oder des erlangten Beſitzes ſeie, entſcheidet der Satz 1690 nichts, und was den S. 1691 betrifft, ſo ſpricht er in dieſer Hinſicht nur vom Verhältniſſe zum Schuldner (deb. cessus), nicht aber auch von jenem zu anderen Perſonen. In der letzteren Beziehung gilt alſo bei Ceſſionen wieder nichts Eigenthümliches, ſondern es gilt nur das, was über die Wirkungen des Beſitzes von übertragenen Fahrniſſen im Allgemeinen beſtimmt iſt. Namentlich kommt alſo der S. 1141 zur Anwendung, und wenn der Cedent die cedirte Forderung, ehe noch der Ceſſionar durch Bekanntmachung an den Schuldner nach S. 1690 den Beſitz erlangt hat, nochmals an einen Andern veräußert und dieſer die Inſtauation an den Schuldner früher als der erſte Ceſſionar beſorgt, ſo muß der zweite Erwerber nach S. 1141 vor dem erſten Ceſſionar den Vorzug haben.

Darnach gilt in Bezug auf den Eigenthumsübergang und in Bezug auf die Wirkungen des Beſitzes gegen Dritte (den Schuldner darunter nicht begriffen) für Uebertragung von Forderungen nur das, was für alle Eigenthumsübertragungen überhaupt vorgeſchrieben iſt, und der S. 1690 giebt eine beſondere Beſtimmung nur hinſichtlich der Art und Weiſe, wie der Beſitz von cedirten Forderungen erlangt werde, nicht aber auch hinſichtlich der Wirkungen des erlangten Beſitzes.

Was nun aber dieſe Wirkungen, gegenüber

ad 2. dem Schuldner (deb. cessus), ſelbſt betrifft, ſo mußte das Geſetz darüber im Titel über die Uebertragung von Forderungen eine beſondere Beſtimmung geben, weil ein gleiches Verhältniß bei anderen Eigenthumsübertragungen gar nicht vorkommt, eine allgemeine Beſtimmung darüber alſo auch nicht möglich iſt.

Der S. 1691 beſtimmte deshalb, im Einklange mit den Vorſchriften des S. 1275 a. und des S. 1295, daß der Schuldner, ſo lange der Ceſſionar gegen ihn, als gegen einen Dritten, ſich noch nicht im Beſitze der Forderung befinde, ſo lange derſelbe nämlich ihm die Ceſſion noch nicht bekannt gemacht habe, bis dahin noch an den Cedenten rechtsgültig bezahlen könne.

In dieſer Beziehung erſcheint alſo der S. 1691 nur als eine Entwickelung der im S. 1690 enthaltenen Beſtimmung, daß der Ceſſionar auch gegenüber dem Schuldner den Beſitz der Forderung erſt durch Bekanntmachung der Uebertragung erhalte; denn der S. 1691 ſagt nur, was der Mangel dieſer Beſitzerlangung für eine Wirkung habe.

Eine weitere Wirkung, als die im S. 1691 beſtimmte, iſt aber dem im S. 1690 gedachten Mangel der Beſitzerlangung gegen den Schuldner (deb. cessus) vom Geſetze nirgends zugeſchrieben; es wird daher auch dem Richter nicht zuſtehen, jenem Mangel noch eine weitere Wirkung willkührlich einzuräumen, und anzunehmen, daß, ſo lange die erwähnte Bekanntmachung an den Schuldner nicht erfolgt ſei, der Ceſſionar ſein, nach S. 1138 aus der bloßen Ceſſion erlangtes, Eigenthumsrecht überhaupt gar nicht geltend machen, alſo namentlich auch gegen den Schuldner nicht klagen könne.

Alles, was die im obigen Aufſatze angeführten Autoren ſagen, ſteht meiner Anſicht nicht im Wege.

Ich gebe zu, daß der Ceſſionar (zwar nicht das Eigenthum, aber doch) den Beſitz der Forderung auch gegenüber dem Schuldner nur erſt durch die Bekanntmachung der Uebertragung erlangt; aber worin beſteht die Wirkung dieſer Beſitzerlangung? — Wer das Eigenthum hat, kann daſſelbe, auch ohne vorerſt erlangten Beſitz, geltend machen, ſo weit nicht das Geſetz ihn darin ausdrücklich beſchränkt, und eine ſolche Beſchränkung in Bezug auf die Geltendmachung cedirter Forderungen, an welchen der Ceſſionar wohl das Eigenthum, aber noch nicht den Beſitz erlangt hat, gegenüber dem Schuldner ſetzt das Geſetz nicht feſt, außer im S. 1691. — Eine weitere, als die in dieſem S. 1691 beſtimmte, Beſchränkung kann alſo auch nicht angenommen werden.

Ich gebe ferner zu, daß der Ceſſionar hiernach vor der Bekanntmachung der Uebertragung noch kein völlig wirkſames Recht habe; allein ich halte es für unrich-

Digitized by Google

tig, wenn man aus diesem Ausdrucke, den das Gesetz nicht enthält, ableiten will, worin denn die Beschränkung der völligen Wirksamkeit des Rechts bestehe, statt daß man umgekehrt diesem Rechte die völlige Wirksamkeit nur deswegen absprechen kann, weil und so weit das Gesetz sagt, daß das Recht nicht völlig wirksam seyn soll.

Also nur wegen der Bestimmung des S. 1141 (vgl. mit S. 2279) und gegenüber dem Schuldner wegen der Bestimmung des S. 1691 ist das Recht des Cessionars vor der Bekanntmachung als beschränkt anzunehmen. Weitee als diese Bestimmungen gehen, darf dasselbe daher auch nicht als beschränkt angesehen werden, und namentlich ist kein gesetzlicher Grund vorhanden, dem Cessionar, ehe er dem Schuldner die Cession bekannt gemacht und dadurch den Besitz der Forderung erlangt hat, alles Klagerecht gegen den Schuldner, wenn auch die im S. 1141 und im S. 1691 erwähnten Vorgänge nicht Statt hatten, abzusprechen.

Auch wenn es sich de lege ferenda handelte, so wüßte ich nicht, warum man den S. 1691 ausdehnen, und bestimmen sollte, daß der Cessionar vor erlangtem Besitze auch gegen den Schuldner (deb. cessus) keine Klage erheben könne.

Die Sätze 1691 und 1141 beruhen (wie bei Liegenschaften der S. 1583 a. und der §. 25 des II. Einf. E.) auf dem Principe der Oeffentlichkeit. Nur wer sich im Besitze eines Fahrnißstücks befindet, soll darüber mit Wirksamkeit gegen Dritte verfügen können, damit die Letzteren dadurch, daß ein Anderer als der Besitzer der Eigenthümer sei, nicht gefährdet werden.

Es soll daher nach S. 1691 der Schuldner, wenn er noch an den, im Besitze der Foederung befindlichen, Cedenten bezahlte, rechtmäßig befreit seyn und vom Cessionar, als vom Eigenthümer der Forderung, nicht mehr belangt werden können, da er sonst durch den, ihm unbekannt gebliebenen, Eigenthumsübergang gefährdet wäre.

Eine gleiche Rücksicht ist aber nicht vorhanden, wenn es sich nur fragt, ob der Cessionar gegen den Schuldner, der noch nicht bezahlte, klagen könne, ehe er noch durch förmliche Insinuation den Besitz der Forderung erlangt hat. Der Schuldner wird durch eine solche Klage deswegen, weil ihm von der Cession vorher nichts bekannt war, in keiner Weise benachtheiligt. Erfüllt er seine Verbindlichkeit und zahlt an den Cedenten, so ist er frei; erfüllt er sie aber nicht und wird alsdann vom Cessionar, welcher zur Begründung seiner Klage die Cession als seine Legitimation zur Sache darzuthun hat, belangt, so leidet er darunter nicht mehr und nicht weniger, als wenn ihn der Cedent selbst belangt hätte, und es ist für ihn ganz einerlei, ob er jetzt erst erfahren, oder vorher schon gewußt habe, daß er nun an den Cessionar, statt an den Cedenten, zu zahlen habe.

D. R.

II.

Ueber die Erwerbung von verborgenen selbstständigen oder unständigen Dienstbarkeiten durch Verjährung vor Einführung des Landrechts.

Man ist wohl darüber allseitig einverstanden, daß die oben bezeichneten Dienstbarkeiten durch ersitzende Verjährung im Allgemeinen vor Einführung des Landrechts erworben werden konnten und daß dieser vollendete Erwerb alsdann unter der Herrschaft des Landrechts fortdauert; aber darüber ist man nicht einverstanden, welche Verjährung den Erwerb dieser Dienstbarkeiten nach den Grundsätzen des römischen Rechts begründet. So wurde neulich von dem Oberhofgericht der Satz ausgesprochen, daß dergleichen Dienstbarkeiten, denen ein gerechter Titel fehle, nach dem gemeinen römischen Rechte nur durch eine unvordenkliche Verjährung hätten erworben werden können, was bei den nicht selten noch über den Erwerb der Dienstbarkeiten durch Verjährung vor dem Landrechte vorkommenden Rechtsstreiten eine nähere Untersuchung nothwendig macht.

Liest man nun zunächst den L. R. S. 691, so könnte man leicht auf die Meinung gerathen, daß er zur Erwerbung der darin benannten Dienstbarkeiten vor Einführung des Landrechts allein nur die unvordenkliche Verjährung zuläßt, denn, indem er vorschreibt, daß zur Erwerbung von dergleichen Dienstbarkeiten ein unvordenklicher Besitz nicht hinreiche, läßt er jene fortdauern, welche vorhin schon auf solche Weise erworben worden sind. Diese Erwerbung auf solche Weise bezieht sich nun allerdings auf die vorhergehende unvordenkliche Verjährung, so daß man argumento e contrario schließen könnte, daß eine Erwerbung der Dienstbarkeiten auf andere Weise durch eine andere Verjährung nicht fortdauern soll. Allein in Betracht des französischen Textes ersieht man alsbald, daß die Worte des L. R. S. 691 „auf solche Weise" nur einen Uebersetzungsfehler enthalten, denn indem der Art. 691 von den servitudes continues non apparentes et discontinues spricht, fährt er fort, — sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes *de cette nature* deja acquises par la possession. — Die Worte *de cette nature* sind es nun, welche mit den Worten unseres Landrechts auf solche Weise correspondiren, und während sie sich ganz offenbar nur auf die Art und Weise der im S. 691 benannten Dienstbarkeiten beziehen, hat sie unsere Uebersetzung ganz irrthümlich auf die Art und Weise der Erwerbung der Dienstbarkeiten bezogen, welche nach dem französischen Texte durch das allgemeine Wort possession ganz unbeschränkt auf jede, sonst im alten Rechte zulässige, Verjährung gestellt ist, während sie durch diesen falschen Bezug auf die Erwerbung nunmehr

Digitized by Google

den Schein einer Beschränkung derselben auf die alleinige unvordenkliche Verjährung erhält. Wir sind aber durch nichts, durch keine auch noch so ferne Andeutung Brauers berechtigt, anzunehmen, daß man im S. 691 eine Beschränkung der, vor Einführung des Landrechts überhaupt zulässigen, Verjährungen auf die alleinige unvordenkliche Ersitzung aufstellen wollte, und da gerade wieder unser Landrecht das im französischen Texte unbeschränkte Wort possession eben so unbeschränkt mit verjährtem Besitzstande übersetzt, ohne dabei von einem unvordenklich verjährten Besitzstande zu reden, so wird man jede Absicht der Beschränkung der früheren Verjährungen verwerfen müssen. Aber selbst abgesehen davon, so liegt es klar am Tage, daß der L. R. S. 691 gerade das beabsichtigte, daß seiner Vorschrift wegen fernerer Unzulässigkeit der Erwerbung der betreffenden Dienstbarkeiten durch Verjährung keine Rückwirkung auf die früheren schon vollendeten Verjährungen gegeben werden soll, und nehmen wir nun an, daß früher diese Dienstbarkeiten auch durch andere Verjährungen, als durch die unvordenkliche allein, erworben werden konnten, so wäre die Beschränkung des S. 691 auf die unvordenkliche Verjährung die Herauswerfung der übrigen zulässig gewesenen Ersitzungen, und man würde so auf eine Rückwirkung des Gesetzes gegen früher vollendete Verjährungen da gelangen, wo jede Rückwirkung des Gesetzes schon im Allgemeinen durch S. 2 untersagt und noch insbesondere durch die gerade sie betreffende Vorschrift des S. 691 ausdrücklich verboten ist.

In wie weit nun die Erwerbung der verborgenen und der unständigen Dienstbarkeiten durch Ersitzung nach römischem Rechte, unter Berücksichtigung der Vorschriften des kanonischen Rechts, sich darstellt, ist allerdings bestritten, und richtig ist, daß Glück Erläut. der Pand. Th. 9, S. 123, 128, 140—144 zur Ersitzung der Dienstbarkeiten ganz allgemein einen gültigen Rechtsgrund für den Besitz — justum titulum — erfordert, so wie daß Thibaut, Besitz und Verjährung S. 111 behauptet, daß der Verjährende bei Dienstbarkeiten stets seinen gerechten Titel erweisen und, Mangels dessen, die Servitut nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könne. Allein daß nach römischem Rechte, als solchem, und abgesehen von den Bestimmungen des kanonischen Rechts, dieser Satz schwer zu vertheidigen sei, giebt Thibaut selbst zu, und bedenkt man auch, daß die erweislich von der erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten sprechenden Gesetzesstellen — L. 10. d. si serv. vind. 8, 5. L. 1. §. ult. d. de aq. et aq. pluv. arc. act. 39. 3. L. 5. §. 3. d. de itin. actuque priv. 43. 19. L. 28. d. de servit. praed. urb. 8. 2. L. 25. d. quemadmod. serv. amitt. 8. 6. L. 1. 2. c. de serv. 3. 34 — nirgends einer allgemeinen Nothwendigkeit des Nachweises eines gerechten Titels erwähnen, ja daß Ulpian in der L. 10. d. si serv. vind. ausdrücklich sagt — si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus est, non est ei necesse, docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo — so wird man wohl behaupten dürfen, daß, insofern überhaupt eine erwerbende Verjährung eines gerechten Titels nicht bedarf, sie solchen auch nicht bei der Erwerbung einer Dienstbarkeit nöthig hat. Die 30jährige Verjährung bedarf aber bekanntlich keines besondern Rechtstitels, und da sie bei der Allgemeinheit ihrer Einführung und Wirkung unzweifelhaft auch für die Dienstbarkeiten gilt, so wird man eben deshalb anzunehmen haben, daß nach römischem Rechte alle und jede Dienstbarkeiten (in so weit dafür nicht noch wegen besonderer Privilegien verlängerte Zeiträume, wie z. B. bei dem Staate und der Kirche, eintreten) binnen 30 Jahren ohne Rechtstitel erworben werden konnten, und dabei, in Berücksichtigung des für alle Verjährungen in dieser Beziehung geltenden kanonischen Rechts, nur der Verjährende in bona fide seyn muß, womit denn auch der bei allen Fragen über Verjährung das Hauptgewicht bildende Unterholzner §. 204, 211 und neben Anderen noch v. Wening-Ingenheim I. §. 154 übereinstimmt.

Thibaut leitet deshalb auch seine Meinung, daß eine Dienstbarkeit bei dem Mangel eines gerechten Titels nur durch eine unvordenkliche Verjährung erworben werden könne, aus dem kanonischen Rechte aus C. 1. de praesc. in 6. L. 2. tit. 13 ab, wo es insbesondere heißt — nam licet ei, qui rem praescribit ecclesiasticam, si sibi non est contrarium jus commune vel contra eum praesumtio non habeatur, sufficiat bona fides; ubi tamen est ei jus commune contrarium vel habetur praesumtio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat praescribendi, nisi tanti temporis adlegetur probatio, cujus contrarii memoria non existat. — Allein vorerst geht diese Vorschrift nur auf den Fall, wo kirchliche Sachen durch eine Verjährung, und zwar insbesondere von Seiten einer Kirche in einem ihr fremden Sprengel, erworben werden sollen, so daß es sehr gewagt ist, diese selbst im kanonischen Rechte allein stehende, nur die kirchliche Ordnung der verschiedenen Diöcesen betreffende, Bestimmung ganz allgemein auf alle unter Weltlichen bestehenden Dienstbarkeiten zu übertragen, wo doch ausdrücklich nur von der Verjährung einer res ecclesiastica gesprochen wird. Wenn wir aber unzweifelhaft anzunehmen haben, daß nach dem römischen Rechte die Ersitzung der Dienstbarkeiten binnen 30 Jahren keines Rechtstitels bedurfte, so hätte das kanonische Recht, in sofern es dieses auch in weltlichen Dingen abändern wollte, solches eben so sehr durch Bezug auf die

Digitized by Google

weltlichen Dinge ausdrücken müssen, als es seine durchgreifende Bestimmung über die Nothwendigkeit der bona fides bei allen bestimmten Verjährungen ausdrücklich auf weltliche Dinge, auf die praedia aliena in Cap. 5. X. de praescript., auf das jus praediorum in C. 5. caus. 34. qu. 1 gerichtet hat. Ueberdies läßt es aber selbst die Verjährung der kirchlichen Sachen ohne Titel — sola bona fide — zu und erfordert nur da einen Titel, wo der Ersitzung eine allgemeine Rechtsregel — jus commune — oder die Vermuthung — praesumtio — entgegensteht. Trägt man nun die Vorschrift des kanonischen Rechts auf die Verjährung der Dienstbarkeiten überhaupt über, so muß man auch die Vorbedingung der Anforderung eines Titels mit übertragen, und sonach für die Verjährung jeder Dienstbarkeit nachweisen, daß dem Verjährenden hierbei eine allgemeine Rechtsregel, oder eine auf ein Gesetz gegründete Vermuthung entgegensteht. Nirgends läßt sich aber im römischen Rechte, und selbst nicht im kanonischen, nachweisen, daß die Erwerbung einer Dienstbarkeit durch Verjährung im Allgemeinen gesetzlich untersagt ist; eben so wenig kann aus irgend einer Gesetzesstelle dargethan werden, daß gegen den Besitz einer Dienstbarkeit, als einem Rechte an einer fremden Sache, eine gesetzliche Vermuthung streitet, denn wenn es auch wahr ist, daß für das volle unbeschränkte Eigenthum die Rechtsvermuthung streitet, so ist es eben so wahr, daß für den Besitz gleichfalls die Vermuthung der Rechtmäßigkeit streitet, und beide Vermuthungen heben sich also auf. Gerade nach dem kanonischen Rechte wird man auch eine für das unbeschränkte Eigenthum, also gegen den Besitz einer Dienstbarkeit streitende, Rechtsvermuthung nicht annehmen dürfen, denn da es ganz unzweifelhaft in der obigen Gesetzesvorschrift und in der C. 15. C. 16. qu. 4. die bona fides von dem Rechtstitel trennt und sie demnach nicht auf eine, durch einen thatsächlichen Rechtsgrund gestützte, Ueberzeugung, sondern blos auf eine innere Meinung über die Rechtmäßigkeit des Besitzes begründet, so würde man eine solche innere Meinung, also die doch überall erforderte bona fides des kanonischen Rechts, gar nicht mehr annehmen können, weil derselben die Vermuthung der Freiheit und Unbeschränktheit des Eigenthums überall entgegensteht und durch deren allgemeine gesetzliche Existenz auch angenommen werden muß, daß sie dem Verjährenden bekannt ist, und er also weiß, daß sein, ohne einen Rechtstitel bestehender, Besitz einer Dienstbarkeit an einer fremden Sache nicht rechtmäßig ist. Das Wesen der 30- und 40jährigen Verjährung besteht aber zum Hauptunterschiede von den anderen Verjährungen wiederum darin, daß bei ihrer Zeitlänge von einem Rechtstitel gar keine Rede zu seyn braucht, gerade bei ihr streitet nicht nur für die Rechtmäßigkeit des Besitzes die Vermuthung, sondern die bona fides selbst wird ohne alle weitere Begründung und Rechtfertigung vermuthet, so daß man wahrlich nicht sagen kann, daß der eine Dienstbarkeit 30 Jahre lang unter den sonstigen Erfordernissen des Besitzes Ausübende sich in einem solchen Falle befinde, wo gegen ihn eine Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums, also gegen seine Dienstbarkeit, streite. Nichts berechtigt uns dazu, eine solche Vermuthung anzunehmen; gerade unser L. R. S. 2262 hat die früher schon bestandene Meinung sanctionirt, daß bei der 30jährigen Ersitzung Alles für den Ersitzenden streitet, so daß man jetzt nicht einmal die mala fides erweisen darf, und bei einer solchen durchgreifenden Wirkung der 30jährigen Verjährung des jetzigen Rechts wird man daher eher geneigt seyn, sie mit den ausgezeichnetsten jüngern Rechtslehrern auch für die Erwerbung der Dienstbarkeiten des L. R. S. 691 nach altem Recht anzunehmen und zuzulassen. Sander.

III.

Denunciationsfall.

Bezirksamt Radolfzell und Hofgericht des Seekreises.

Worin bestehen die Folgen der Umgehung der Vorschriften der §§. 157 — 164 der Zollordnung, wenn nämlich inländische oder ausländische, aber schon verzollte, Waaren von Inland zu Inland mit Berührung des Auslandes verbracht werden?

Ezechiel Brandenburger von Gailingen fuhr am 2. März v. J. mit einem neuen sogenannten Berner Wägelchen aus der Schweiz bei Gailingen in das Vereinsgebiet hinein, ohne für jenes irgend eine Urkunde zu besitzen. Aus diesem Grunde allein, ohne daß nämlich irgend ein verdächtiger Umstand vorlag, daß sich Brandenburger dieses Berner Wägelchens als Transportmittel seiner Person nur zum Zwecke der Ersparung des Zolles bediente, wurde dasselbe von dem Aufsichtspersonale in Beschlag genommen und eine Anzeige wegen Unterschlagung des Eingangszolles von diesem Wägelchen gemacht. Nach dem Schlusse der Untersuchung hatte sich jedoch mit Gewißheit herausgestellt, daß dasselbe inländisches Product und vor kurzer Zeit in Markdorf verfertigt worden seie. Der Denunciat wurde nun durch Erkenntniß des Unterrichters vom 29. August v. J. für schuldfrei erklärt und die Großh. Zollkasse in die Kosten verfällt, und zwar aus dem Grunde, weil der Zolltarif Abtheilung I, Nr. 17 die Wagen der Reisenden und Fuhrleute, ohne alle Rücksicht, ob sie alt oder neu, gebraucht oder nicht gebraucht seien, schlechtweg für zollfrei erklärt, wenn dieselben als Mittel zum Transport für Personen oder Waaren gebraucht werden. Denn hieraus geht wohl ohne allen Zweifel hervor, daß die Zollfreiheit bei solchen

Digitized by Google

Gegenständen vom Gesetze präsumirt wird, eine Anzeige wegen Defraudation daher nur dann als gegründet erachtet werden kann, wenn irgend ein oder mehrere Verdachtsgründe vorliegen, daß man sich eines solchen Transportmittels nur zum Zwecke der Zollunterschlagung bedient habe. Solche Verdachtsgründe wurden aber weder der Anzeige einverleibt, noch während der Untersuchung constatirt, weswegen auch, da kein Grund zur Anzeige vorlag, die Großh. Zollkasse in die Kosten verfällt werden mußte.

Gegen das Erkenntniß des Amtes ergriff das Großh. Hauptzollamt in Singen den Recurs an das Großh. Hofgericht des Seekreises, welches durch Urtheil vom 31. October desselben Jahres das unterrichterliche Erkenntniß dahin abänderte, daß der Denunciat die Controlvorschriften der §§. 156—164 der Vereinszollordnung verletzt habe und deswegen in eine Controlstrafe von 5 fl. und in sämmtliche Kosten verfällt wurde.

Die Richtigkeit des amtlichen Erkenntnisses ist jetzt durch die später erfolgte Erläuterungsverordnung des Großh. Finanzministeriums vom 5. November v. J. zu der genannten Stelle im Zolltarif *) wohl außer allen Zweifel gesetzt, jedenfalls aber wird sich ein Straferkenntniß auf solche Weise, wie dasselbe das Großh. Obergericht gegeben hat, gewiß nicht rechtfertigen lassen, und zwar aus den nachstehenden Gründen nicht.

In dem §. 134 und 156 der V. Z. O. heißt es mit dürren Worten, daß verzollte Waaren und inländische Gegenstände, welche mit Berührung des Auslandes von einem Landestheile in den andern versandt werden, bei dem Wiedereingange von der Entrichtung des Zolles nur dann befreit seien, wenn die Vorschriften befolgt werden, die im §. 157—164 enthalten sind. Die Bedingung der Zollfreiheit ist hiernach die Befolgung jener Vorschriften und das Bedingte die Zollfreiheit selbst. Wenn aber die Bedingung wegfällt, fällt auch das Bedingte weg, woraus dann folgt, daß eine solche Waare, weil sie aus dem Auslande eingeht, nach dem §. 60 ibid. als eine fremde behandelt wird und sonach der Zollpflichtigkeit unterworfen ist. Hieraus fließt die fernere Folge, daß der Führer solcher Gegenstände bei seinem Eintritte in das Vereinsgebiet, dem Zollgesetze gegenüber, in das nämliche Verhältniß zu stehen kömmt, wie der Führer ausländischer zollbarer Waaren. Daraus ergiebt sich aber eine weitere, wenn auch drakonisch harte, Folge, daß derselbe, wenn er irgend eine erwiesene Handlung vorgenommen hat, welche ihn der Umgehung der Zollpflichtigkeit verdächtigt und nach §. 7 des Zollstrafgesetzes den Thatbestand der Defraudation begründet, auch nach §. 2—5 ibid. bestraft werden muß, wenn er in den hierzu geeigneten Fällen nicht zu beweisen im Stande ist, daß er entweder nicht defraudiren wollte oder konnte, in welchem Falle sodann neben der Bezahlung des einfachen Eingangszolles eine Ordnungsstrafe nach Vorschrift des §. 15 ibid. verwirkt ist.

Aus der bisherigen Entwickelung geht hervor, daß die unmittelbare Folge der Umgehung der mehr erwähnten §§. 157—164 in der Entrichtung des Eingangszolles von der geführten Waare besteht, sonach auf diese Uebertretung der Vorschriften der Zollordnung eine besondere Strafe *) festgesetzt ist, daher der §. 15 Z. St. G., welcher dem obergerichtlichen Urtheile zu Grunde liegt, hier nie allein zur Anwendung kommen kann.

Faßt man nun das Resultat der bisherigen Erörterung zusammen, so spricht sich dasselbe, womit auch die an die Spitze dieses Aufsatzes gestellte Frage beantwortet ist, in den nachstehenden Sätzen aus. Die Folge der Umgehung der Vorschriften der §§. 157—164 der Z. O. besteht jedesmal

1) in der Entrichtung des Eingangszolles der geführten Waare **) und, je nach den Umständen, nebstdem noch entweder

2) in der Strafe der Defraudation ***), oder

3) in einer Ordnungsstrafe nach Maßgabe des §. 15 des Zollstrafgesetzes †).

Fr. Jos. Müller.

---

*) Dort heißt es: „In Bezug auf die Zollbehandlung der Wagen der Reisenden ist von dem Gesichtspunkte auszugehen, daß der Regel nach die Wagen, welche beim Eintritte über die Grenze als Transportmittel Reisender benutzt werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie gebraucht oder neu sind, eingangszollfrei gelassen werden müssen, daß es dabei aber keineswegs in der Absicht liegt, eine mißbräuchliche Umgehung des Zolles zu begünstigen. Die Abgabenpflichtigkeit tritt sonach ein, wenn aus den Umständen unzweifelhaft hervorgeht, daß ein neuer Wagen nur zu dem Zwecke als Transportmittel gebraucht worden sei, um den Eingangszoll davon zu ersparen."

*) Strafe kann man diese Folge in sofern nennen, als sie die Wirkung einer Gesetzesübertretung ist; in sofern aber nicht, als sie im Zollstrafgesetze nicht angedroht ist.

**) Wenn z. B. der Fuhrmann auf das betreffende Grenzzollamt geht und die Waare declarirt.

***) Wenn z. B. Gewerbtreibende oder Frachtführer auf ihren Frachtwägen ausländische zollbare und inländische Waaren geladen haben und diese letzteren bei der Anmeldung an der Zollstätte gar nicht declariren.

†) Wenn z. B. der Fuhrmann die Zollstraße im Grenzbezirke nicht einhielt und er den Beweis zu führen vermag, daß er entweder nicht defraudiren wollte, oder nicht konnte.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. — Nro. 16. — Karlsruhe den 22. April 1837.

I.

Eine Anfrage über den Sinn des §. 667 der Prozeßordnung.

Am 27. Februar d. J. übergab ich, der Unterzeichnete, bei einem Untergerichte der Mittelrheinprovinz eine Klageschrift in duplo, in welcher der Antrag gestellt ist, auf den Grund eines in vidimirter Abschrift angelegten Wechsels nach der gesetzlichen Vorschrift des §. 741 unserer Prozeßordnung (im Wechselprozesse) innerhalb 3 Tagen an einer dazu anzuberaumenden Tagfahrt (wozu ich den beklagten Wechselschuldner unter Androhung der im §. 726 ibidem angedeuteten Rechtsnachtheile, und auch mich, Namens des Klägers, zur Vorlage des Originalwechsels vorzuladen bat) auf die gedachte Klageschrift den Beklagten mündlich zu vernehmen und nach geschlossenen Verhandlungen, unter Verurtheilung in alle Wechselprotest- und Prozeßkosten, für schuldig zu erkennen, binnen 3 Tagen die eingeklagte Wechselsumme von 200 fl. sammt gesetzlichen Verzugszinsen (in Handelssachen) à 6 % vom Verfalltage des eingeklagten Wechsels, vom 25. Februar d. J. an, bei Vermeidung der im schon allegirten §. 741, Abschnitt 4, der P. O. vorgeschriebenen Hilfsvollstreckung, an den in der Klageschrift genannten und dort besonders bevollmächtigten Mandatar zu bezahlen.

Am folgenden Tage, den 28. Februar d. J., ergieng die von mir beantragte richterliche Vorladung an beide Theile zur Vorlage des Originalwechsels und zu den Verhandlungen auf meine Klage an den Beklagten, unter Androhung der im Wechselprozesse gesetzlich bestimmten Rechtsnachtheile und unter Anberaumung der Tagfahrt hierzu auf den folgenden Tag, den 1. März d. J., Vormittags 8 Uhr, bei welcher der beklagte Wechselschuldner unentschuldigt ausblieb. Nach beendigter Tagfahrt rief ich, auf die bestimmte Zeit erschienen, gegen den nicht erschienenen Beklagten auf gleichbaldige Ertheilung des Versäumungserkenntnisses und resp. Endbescheides an und erhielt am 7. März l. J. folgendes Versäumungserkenntniß:

„Nach Ansicht der Beschreinigung über die an den Beklagten zugestellte Verfügung vom 27. v. M., Nr. 2838, so wie des in dieser ausgesprochenen Rechtsnachtheils, und mit Berücksichtigung der §§. 253, 311, 654, 671 der P. O., wird auf das ungehorsame Ausbleiben des Beklagten und auf Anrufen des Klägers zu Recht erkannt:

Sei nunmehr das Thatsächliche der Klage für zugestanden, der vorgelegte Wechsel für anerkannt und jede hier zuläßige Einrede für versäumt zu erklären und der Beklagte schuldig, den Kläger mit 200 fl. nebst 6 % Verzugszinsen vom 28. v. M., als dem Insinuationstage, an, unter Verfällung in die veranlaßten Kosten, binnen 14 Tagen bei Executionsvermeidung zu befriedigen."

Ich stelle hier die Anfrage:

Ist vorstehendes Erkenntniß rechtlich gegründet, in wiefern es dem beklagten Wechselschuldner eine Zahlungsfrist von 14 Tagen einräumt, während ich, Namens des Klägers, auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Wechselbetrags innerhalb einer Frist von 3 Tagen angetragen hatte?

Nach meiner Ansicht wird diese Frage mit „nein" beantwortet werden müssen, und zwar aus folgenden Gründen:

Nur beiläufig, und hier als weniger erheblich, will ich berühren, daß mein Klagbegehren auf Verurtheilung des Beklagten auch zur Zahlung gesetzlicher Verzugszinse in Handelssachen à 6 % vom Verfalltage des Wechsels, vom 25. Februar d. J. an, gestellt war, der Unterrichter aber in vorstehendem Bescheide nur die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Verzugszinse à 6 % erst vom Tage der geschehenen Insinuation der Klageschrift mit dem richterlichen Ladungsdecrete, nämlich vom 28. Febr. d. J. an, offenbar gegen die gesetzliche Bestimmung des L. R. Anhangzusatzes 109 c. ausgesprochen hat.

Er war aber auch, wie ich glaube, nicht befugt, gegen

Digitized by Google

mein Klagbegehren dem Beklagten eine Zahlungsfrist von 14 Tagen zu gestatten, da der vorliegende Rechtsstreit

a) unzweifelhaft im Wechselprozesse verhandelt wurde, indem der Unterrichter sonst im andern Falle durch sein, am 27. Febr. d. J. erlassenes und am unmittelbar folgenden 28. desselben Monats den Parteien zugestelltes, Ladungsdecret (worin er Tagfahrt zur Vorlage des Originalwechsels und zu den Verhandlungen auf die Klage auf den nächstfolgenden Tag, den 1. März l. J., anberaumt hat) unstreitig gegen die gesetzliche Vorschrift des §. 228 der P. O. und gegen die allgemeine Gerichtspraxis, wornach er wenigstens dem Beklagten eine Frist von 8 Tagen, von der Zustellung des Ladungsdecrets an gerechnet, zu seiner Vernehmlassung lassen mußte, angestoßen hätte; der Unterrichter

b) auch nach Ansicht der Entscheidungsgründe zu oben eingerücktem Erkenntnisse den vorgelegten eingeklagten Wechsel für anerkannt und den ganzen thatsächlichen Inhalt der Wechselklage für vom Beklagten zugestanden, auch jede hier zulässige Einrede dagegen für versäumt erklärt hat;

c) bei diesen Rechtsverhältnissen aber der Abschnitt 3 des §. 741 der P. O. buchstäblich vorschreibt:

„Das verurtheilende Erkenntniß muß in jedem Falle den Befehl enthalten, den Kläger binnen 3 Tagen, bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung, zu befriedigen."

Zur Unterstützung der Fristbestimmung von 14 Tagen zur Befriedigung des Klägers in mehrberührtem Erkenntnisse (gegen mein Klagbegehren, in welchem ich nur auf eine Zahlungsfrist von 3 Tagen angetragen), hat der Unterrichter nach Ansicht seiner Entscheidung nirgends einen Rechtsgrund aufgestellt. Ich kenne auch keinen solchen. Für den Fall aber, als der Richter seine Fristgestattung von 14 Tagen im Erkenntnisse auf die Bestimmung des §. 667 der P. O. stützen wollte (nach welchem die Frist zur Vollziehung eines Versäumungserkenntnisses immer wenigstens eben so viele Tage betragen muß, als die im §. 658 ibidem bestimmte Wiederherstellungsfrist von 14 Tagen besagt), müßte ich darauf aufmerksam machen, daß der eben allegirte Paragraph in seiner zweiten Hälfte von obiger Bestimmung die Fälle ausnimmt (und kürzere Zahlungsfristen gestattet), in welchen das Wiederherstellungsgesuch wegen besonderer Eigenschaft der Sache keine aufschiebende Wirkung hat, was gerade bei vorliegendem Wechselprozesse der Fall ist, da in diesem und im Executivprozesse nach Vorschrift des §. 740, in Verbindung mit §. 741, im Anfange, der P. O. kein Rechtsmittel gegen Endbescheide (auch rechtzeitig angemeldet) aufschiebende Wirkung hat und die Einreichung der Wiederherstellungsbitte insbesondere (auch innerhalb der im §. 658 ibidem bestimmten Frist bewirkt) den Vollzug der Versäumungserkenntnisse nach dem §. 666 der Pr. O. eben so und unter den nämlichen Voraussetzungen aufschiebt (oder nicht aufschiebt), wie eine Appellationsanzeige den Vollzug der Endurtheile; im Wechselprozesse, welcher hier in Frage steht, mithin gerade so, wie die Berufung, keine aufschiebende Kraft hat, folglich nothwendig zu dem im §. 667 citato loco vorgesehenen Ausnahmsfalle gehört, bei welchem der Richter bei Bestimmung der Zahlungsfrist im Bescheide sich nicht nach der Dauer der Restitutionsfrist des §. 658 der P. O. richten darf, sondern die besonders vorgeschriebene kürzere Zahlungsfrist festsetzen muß.

Hiernach, und hingesehen auf den §. 737 unserer Prozeßordnung, hätte der Unterrichter den Beklagten verurtheilen müssen, die eingeklagten 200 fl. sammt gesetzlichen Verzugszinsen à 6 % vom Verfalltage des Wechsels, vom 25. Februar l. J., und nicht, wie geschehen, erst vom Tage der Zustellung der Klage mit dem Ladungsdecrete, vom 28. ejusdem mensis an, und zwar binnen 3 Tagen (nicht, wie geschah, binnen 14 Tagen) an den vom Kläger besonders zum Geldempfange aufgestellten Mandatar, bei Vermeidung der hier gesetzlich statthaften Hilfsvollstreckung, zu bezahlen.

Nach den oben entwickelten Gründen scheint mir vorstehendes Erkenntniß ungesetzlich, ohne alle Rücksicht auf das bisher Gesagte aber auch

1) gegen die erste Regel der Interpretation der Gesetze, so wie

2) gegen die Logik hart anstoßend zu seyn.

Ad 1. Daß vor Allem jedes Gesetz so ausgelegt werden muß, daß es mit Wirkung besteht, und nie so, daß ihm gar keine Wirkung bleibt, wird wohl nicht widersprochen werden. Daß aber die richterliche Befugniß zur Gestattung einer 14tägigen Zahlungsfrist in einem im Wechselprozesse erlassenen Versäumungserkenntnisse alle Wirkung sämmtlicher besonderen gesetzlichen Bestimmungen des Wechselprozesses, und insbesondere die Wirkung des §. 741 der P. O., ganz aufhöbe, wird wohl auch nicht zu läugnen seyn, wenn man bedenkt, daß jeder Beklagte, welcher keine begründete und sofort erweisliche, zerstörliche Einrede einer gegen ihn erhobenen Wechselklage entgegenzuhalten vermag, nur die im Ladungsdecrete ihm angedrohten Rechtsnachtheile in einem Versäumungserkenntnisse gegen sich aussprechen lassen dürfte, um durch sein ungehorsames Ausbleiben den Richter zu zwingen, ihm für seinen Ungehorsam eine 14tägige Zahlungsfrist nachzulassen, während solcher nach dem Abschnitt 3 des §. 741 der P. O. dem gehorsam erscheinenden Beklagten nie mehr

Digitized by Google

als 3 Tage Frist zur Zahlung des gegen ihn eingeklagten Wechsels verwilligen darf, wonach die säumige Partei gegen die gehorsame in einem Vortheile wäre, die nie im Willen eines Gesetzgebers liegen kann. Daß hiernach jeder Wechselbeklagte durch Ausbleiben bei den Verhandlungen alle zu Gunsten des Wechselrechts bestehenden gesetzlichen Bestimmungen völlig wirkungslos machen könnte, dürfte hier ziemlich klar vorliegen, und daß daher diese Gesetze (insbesondere der Abschnitt 3 des §. 741 der P. O. und der dadurch beschränkte L. R. Anhangssatz 157) nicht so ausgelegt werden dürfen, wie im oben eingerückten Erkenntnisse geschah, nach welchem ihnen gar keine Wirkung blieb, wird wohl auch zugegeben werden müssen.

Ad 2. Nach Ansicht der vom Unterrichter zu dem in Frage stehenden Erkenntnisse gegebenen Entscheidungsgründe wurde der Beklagte

a) im Wechselprozesse und

b) unter Androhung der in dieser Prozeßart vorgeschriebenen Rechtsnachtheile vorgeladen, und wurden

c) alle diese Präjudizien wegen seines ungehorsamen Ausbleibens gegen ihn richterlich auch ausgesprochen.

Das vorwürfige Erkenntniß liegt aber mit diesen, ihm zur Unterstützung dienen sollenden, Entscheidungsgründen und mit sich selbst nothwendig in unauflösbarem Widerspruche, wenn es, statt der Verurtheilung des Beklagten zur Befriedigung des Klägers innerhalb 3 Tagen nach unserem Wechselrechte, und, wie angedroht ist, jenem eine 14tägige Zahlungsfrist gestattet, die den voraus angedrohten Präjudizien und unserem Wechselrechte ganz fremd ist, weswegen jenes Urtheil aus diesem Grunde nicht wohl zu Recht wird bestehen können.

Die öffentliche Erörterung und Berichtigung der Frage, ob vorstehendes Erkenntniß rechtlich begründet sei, oder nicht? dürfte wohl um so wünschenswerther seyn *), als ein Kläger bei einem solchen Erkenntnisse durch kein Rechtsmittel eine kürzere Zahlungsfrist gegen den Beklagten erwirken und sich so Hilfe schaffen kann.

Denn ein Rechtsmittel gegen vorstehendes unterrichterliches Erkenntniß kann, so leicht die Berufung dagegen für den Kläger nach meiner Ansicht zu begründen wäre, diesem doch nichts helfen, da die Acten mit dem oberrichterlichen Erkenntnisse nicht wohl vor Ablauf der im unterrichterlichen Bescheide dem Beklagten bestimmten Zahlungsfrist von 14 Tagen zum Urtheilsvollzuge zurückkommen können, vielmehr die Berufung diesen letzteren nur sehr verzögern müßte. Wenn der Beklagte nun nach Ablauf der ihm gebührenden Zahlungsfrist nur von 3 Tagen bis zum Ablaufe der ihm unterrichterlich nachgelassenen Zahlungsfrist von 14 Tagen zahlungsunfähig würde und dadurch der Kläger in Schaden käme, wäre nicht der Unterrichter wegen ungesetzlicher zu langer Zahlungsfristverwilligung für diesen Schaden haftend?

Hofgerichtsadvocat Strenle.

*) Einer weiteren Erörterung der vorliegenden Frage wird es wohl nicht bedürfen, da das Gesetz wohl sehr klar ist, daß in Bezug auf Versäumungserkenntnisse der §. 667, wonach in solchen Erkenntnissen die Frist zur Vollziehung in der Regel auf 14 Tage festgesetzt werden soll, der Vorschrift des §. 741, Nr. 3, wonach Erkenntnisse in Wechselsachen nur drei Tage zur Vollziehung bestimmen sollen, nicht im Wege steht. Der §. 667 nimmt nämlich von der darin aufgestellten Regel diejenigen Fälle aus, „in welchen das Wiederherstellungsgesuch wegen besonderer Eigenschaft der Sache keine aufschiebende Wirkung hat." Nach §. 666 hat aber das Wiederherstellungsgesuch überall keine aufschiebende Wirkung, wo unter den nämlichen Voraussetzungen die Appellationsanzeige eine solche nicht hat.

Nun hat in Wechselsachen nach §. 740 die Appellationsanzeige keine aufschiebende Wirkung, daher kann dort eine solche Wirkung nach §. 666 auch dem Wiederherstellungsgesuche nicht zukommen, und eben darum findet nach §. 667 die Vorschrift, daß in Versäumungserkenntnissen eine 14tägige Vollziehungsfrist festzusetzen sei, auf Wechselsachen keine Anwendung. Es bleibt in Wechselsachen vielmehr die Bestimmung des §. 741, Nr. 3 maßgebend, ohne Unterschied, ob das Erkenntniß auf Verhandlungen, oder als ein Versäumungserkenntniß ergangen sei. D. R.

II.

Einiges über die Bestrafung der Rechnersuntreue.

I. Die Lehre von Bestrafung der Rechnersuntreue ist eine der dunkelsten Partieen in unserm Strafedicte.

Der §. 90 des Edicts, welcher von dem gedachten Vergehen handelt, zählt erst folgende Fälle auf.

1) Cassceingriff unter 50 fl., wenn der Rechner schon vorher einmal corrigirt wurde;

2) Cassceingriff von 50 fl.;

3) ein solcher, der bis auf 100 fl. steigt;

4) ein Eingriff über 100 fl.

Sodann werden zwei rechtliche Milderungsgründe statuirt:

1) Wenn der Rechner nicht handgelübdlich verpflichtet war, und

2) wenn der Receß ganz oder theilweise ersetzt wurde.

Von dem letzteren Milderungsgrunde sagt das Gesetz, daß er nur bei den vier höheren Graden des Vergehens, nicht aber bei dem untersten berücksichtigt werden soll, weil dessen Strafe schon gelinde genug bestimmt sei.

Der Gesetzgeber nahm also hiernach an, daß es fünf Grade des Vergehens gebe.

Digitized by Google

Versteht man unter den Graden eines Vergehens solche Abstufungen, bei welchen die Strafe verhältnißmäßig wächst, so ist in §. 90 nur von drei Graden die Rede, da die oben unter Nr. 1 und 2 erwähnten Vergehen mit gleicher Strafe bedroht sind.

Betrachtet man aber jeden der aufgezählten Fälle als einen Grad für sich, so ist im Gesetze nur von vier Graden die Rede, und man müßte dann alle, als die vier höheren Grade und den im §. 90 selbst nicht ausdrücklich erwähnten Fall, eines ersten, noch nicht corrigirten, unter 50 fl. betragenden Cassceingriffs als den untersten Grad ansehen.

Dieses dürfte wohl, da das Gesetz einen Sinn haben und ausgelegt werden muß, die allein mögliche doctrinelle Auslegung seyn.

Man könnte zwar noch anführen, daß, da die Strafe der Rechnersuntreue, wenn solche einmal auf mehr als 100 fl. sich erstreckt hat, nach Verhältniß der Summe von 50 zu 50 fl. um 3 Monate Gefängniß wächst, jeder Fall des weitern Anwachsens der Strafe einen neuen Grad bilde. Bei dieser Auslegung würde man aber, da die Strafe sehr bedeutend anwachsen kann, weit mehr als fünf Grade erhalten. Eben so wenig dürfte der Gesetzgeber die Wiederholungsfälle gemeint haben, da hierfür schon eigene Regeln bestehen.

II. Folgender Rechtsfall dürfte hinsichtlich der Milderungsgründe bei der Rechnersuntreue noch von Interesse seyn.

R., ein vermöglicher Landmann von vorzüglichem Rufe, war im J. 1831 als Kirchenrechner aufgestellt worden. Er wurde verpflichtet, das Verpflichtungsprotokoll enthält jedoch nichts darüber, ob ihm irgend eine Belehrung über seine Amtspflichten ertheilt worden sei. Auch hatte er eine Caution von 300 fl. gestellt.

Bei einem, im J. 1836 vorgenommenen, Sturze seiner Casse ergab sich ein Deficit von 152 fl. 29 kr., von welchem er zugestand, daß er es in seinem Nutzen verwendet habe. Zu seiner Entschuldigung führte er an:

Da er eine Caution gestellt, so habe er gemeint, einen Theil des anvertrauten Geldes, gegen Bezahlung der Zinsen davon, in seinen Nutzen verwenden zu dürfen. Er habe die Sache nicht besser verstanden und es habe ihm Niemand gesagt, daß er jenes nicht thun dürfe.

Auf gepflogene Untersuchung erkannte ihn das Hofgericht in Mannheim der Rechnersuntreue für schuldig, verurtheilte ihn, nach Maßgabe der Recßsumme, zu 15monatlichem Arbeitshause und zur Dienstentsetzung. Nur ein Votant glaubte, daß diese Strafe wegen eines vorliegenden, in §. 90 des Strafedicts angenommenen, rechtlichen Milderungsgrundes auf die Hälfte herabgesetzt werden müsse, weil nämlich aus dem Protokolle über die Verpflichtung des Inculpaten nicht ersichtlich sei, daß die Verpflichtung gemäß der Eidesordnung und der Verordnung vom 7 October 1807 (Rggsbl. XXXVI.) bewirkt, namentlich daß Inculpat über seine Pflichten als Kirchenrechner gehörig belehrt worden sei, ein Beweis hiefür auch auf andere Weise nicht als geführt erscheine, und Inculpat jene Belehrung nicht zugestanden habe, eine nicht mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften bewirkte Verpflichtung aber eben so wenig rechtliche Wirkung, als eine gänzlich unterbliebene haben könne *), so dürfe nur die Strafe erkannt werden, welche einen nicht verpflichteten Rechner treffe.

Dieser Bemerkung wurde die Präsumtion für die Legalität des Verpflichtungsactes entgegengesetzt.

Der Verurtheilte ergriff den Recurs an das Großh. Oberhofgericht, welchen er damit zu begründen suchte, daß ihm bei seiner Verpflichtung seine Pflichten nicht erklärt worden seien, er daher nicht wissentlich eines Gelübdebruchs sich schuldig gemacht habe; sodann daß der Receß vor der Urtheilspublication gedeckt gewesen sei.

Das Großh. Oberhofgericht gieng jedoch auf den ersteren Strafmilderungsgrund nicht ein, nahm dagegen hinsichtlich des zweiten an, daß durch die Caution des Rechners von 300 fl. der Receß gedeckt gewesen, was einer Baarzahlung gleich zu achten sei, und sprach durch Urtheil vom 28. Dezember 1836 aus:

„Daß R. zwar der Rechnersuntreue für schuldig zu erklären, jedoch wegen eintretender rechtlicher und sonstiger Milderungsgründe zu einer einmonatlichen Gefängnißstrafe und zur Dienstentsetzung zu verurtheilen sei."

Aus diesem Urtheile ersieht man:

1) Daß der oberste Gerichtshof die Beurkundung über die Verpflichtung, auch wenn in jener über die Belehrung des Verpflichteten hinsichtlich seiner Dienstpflichten nichts enthalten ist, für genügend erachtete;

2) daß das Vorhandenseyn einer Caution, aus welcher der Ersatz des Recesses geschöpft werden kann, wenn solche nur nicht geringer als der Receß selbst ist, der Bezahlung gleich geachtet wird;

3) daß auch, wenn der ganze Receß ersetzt ist, nicht blos die Dienstentsetzung, welche an und für sich schon eine empfindliche Strafe wäre, sondern noch eine Freiheitsstrafe auszusprechen sei; daß folgeweise der oberste Gerichtshof annimmt, der in §. 90 des Strafedicts erwähnte Fall, in welchem einmonatliches Gefängniß zu erkennen ist, sei der vom Gesetze gemeinte unterste Strafgrad, und durch Zahlung des Recesses mindere sich die Strafbarkeit des Verrechners nur bis zum untersten Strafgrade, wornach er dann so bestraft werden müsse, als wenn sein Receß nur 50 fl. betragen habe;

4) daß der oberste Gerichtshof außer den rechtlichen Milderungsgründen auch noch sonstige Milderungsgründe bei der Rechnersuntreue zuläßt. Kirn.

*) So wie zum Thatbestande des Meineids immer der Beweis gehört, daß der Eid unter Beobachtung aller gesetzlichen Förmlichkeiten geleistet wurde, wohin die genaue Erklärung dessen zu zählen ist, wozu der Schwörende bei der Eidesleistung sich verpflichtet.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 17. | Karlsruhe den 29. April 1837.

I.

Hofgericht Rastadt.

Criminalfall über eine vorsätzliche Tödtung, insbesondere merkwürdig wegen der Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten.

Nathan B. widmete sich von früher Zeit dem Viehhandel, machte aber keine gute Geschäfte, so daß er in seinen Vermögensverhältnissen sehr zurückkam und hauptsächlich von der Unterstützung seiner Brüder, Jacob und Jesaias B., lebte. In den drei letzten Vierteljahren ergab er sich dem Trunke und erschien dann im Zustande der Trunkenheit düster und melancholisch, war auch sehr von Kopfschmerzen geplagt.

Am 13. Juli 1835 begab er sich mit einer Kuh nach Neudorf, brachte sie aber nicht an und betrank sich so sehr, daß er, am andern Tage, den 14. Juli, nach Hause gekommen, den 16. Juli erst das Bett verließ. Morgens den 16. Juli gieng er nach Buchenau und trank dort um 9 Uhr einen Schoppen Wein, um 11 Uhr wieder einen, nachdem er vor seinem Weggehen zu Untergrombach für zwei Kreuzer Branntwein getrunken hatte. Von halb 2 Uhr Nachmittags bis 4 Uhr schlief er in einer Scheune und trank dann wieder einen Schoppen Wein nebst Branntwein für zwei Kreuzer. Um 5 Uhr in Untergrombach angekommen, trank er dorten noch für zwei Kreuzer Branntwein und einen Schoppen Bier und begab sich etwa um halb 6 Uhr zu seinem Bruder Jacob, wo er diesen, dessen Ehefrau Daige, den Lehrer Samuel St. und den Buchhalter des Jacob B., Baruch N., antraf. Sogleich bei dem Eintreten deutete Nathan mit der Hand auf einen Schrank, der neben der Thüre stand und an welchem von der Hand der Daige ein hebräisches R und die Zahl 7 angeschrieben war, welches Nathan 7 fl. bedeutete und immer dahin geschrieben wurde, wenn Nathan von seinem Bruder Geld erhalten hatte, und sprach: Da, Jacob, mach' die 7 fl. aus, die gehen mich nichts mehr an; worauf dieser ohne Widerrede es auslöschte. Nathan setzte sich nun unten an den Tisch, stützte seinen Kopf auf die Hand, indem er den Arm auf dem Tische aufruhen ließ, und schlug sich mehrmals mit der Hand an den Kopf. Unbemerkt von den Anwesenden, gieng Nathan fort zu dem Kiefer F. D. und ließ sich dorten sein Mezgermesser unter dem Vorgeben schleifen, daß ihm eine Kuh unglücklich gekalbt habe und er sie morgen stechen wolle. Ungefähr um 7 Uhr kam Nathan wieder in das Haus seines Bruders Jacob, und da dieser zu Nacht aß, so stellte er sich mit übergeschlagenen Armen an eine Kommode und sah, ohne ein Wort zu sprechen, düster vor sich hin. Nach beendigtem Abendessen gieng Jacob fort und Niemand war im Zimmer, als Buchhalter N., der am Tische saß, die Schwester der Daige, die zum Fenster hinaussah, und die Daige, welche sich mit ihren im Bette befindlichen Kindern beschäftigte. In diesem Augenblicke sprang Nathan auf seine Schwägerin Daige zu, schlug seinen linken Arm über deren Stirn und Augen und brachte ihr mittelst dreimaligen Hin- und Herziehens des Messers eine mit großem Kraftaufwande geführte Wunde am Halse bei, daß sie nach wenigen Augenblicken, und nur noch zu N. hebräisch das Wort Zeuge sprechend, starb. Unmittelbar nach der That warf Nathan das Messer zu Boden, blieb in der Mitte des Zimmers ein Paar Secunden stehen, warf einen grimmigen Blick auf die Daige und ging zur Thür hinaus, wo er noch dem ihn verfolgenden N. kräftig in das Gesicht schlug. Er gelangte ruhig in seine nicht weit entfernte Wohnung und ward dorten alsbald auf einem Stuhle sitzend, eines seiner Kinder auf dem Schooße, angetroffen und verhaftet. Bei dem Aufsteigen auf den Wagen äußerte er: Ich hab' es gethan, und ein Zeuge sagt aus, er habe auf Fragen über die That geäußert: Was weiß ich davon, hier ist mein Kopf, hier ist mein Körper, mein verdienter Lohn wird mir werden.

In dem sogleich am andern Tage vorgenommenen Verhöre bekannte Inquisit alsbald ein, daß er seiner Schwägerin mit einem Messer in den Hals geschnitten habe, doch will er sich der näheren Umstände nicht erinnern, weil er in der Wuth und im Zorn das Messer herausgezogen und der

Digitized by Google

Daige, wie er vermuthe, eine Wunde am Halse beigebracht habe. Auf die Frage, warum er einen Zorn gehabt? antwortete er: Ich weiß es nicht, es muß nur gewesen seyn, weil mir Niemand auf meinen guten Abend Antwort gegeben und die Daige sich gar nicht herumgesetzt und ihm den Hintern hingekehrt habe. Wiederholt um den Grund seiner Wuth gefragt, gab er als solchen nunmehr Kopfschmerzen und Trunkenheit an, gestand übrigens mehrfach die That selbst ein, bemerkte jedoch, zur nähern Angabe der Umstände wiederholt aufgefordert, daß er die That nicht mit Vorsicht begangen habe, sondern in Wuth, in seiner Krankheit, berief sich dabei auf mehrere frühere Vorfälle, wo er außer sich gewesen, ohne doch nur betrunken gewesen zu seyn, bat, die Zeugen jener Vorfälle und seines Betragens am Tage der That einzuvernehmen und dehnte schon im dritten Verhöre seine Nichtkenntniß der näheren Umstände der That auf die Unkenntniß der That selbst aus, indem er seine früheren bestimmten Angaben damit als unrichtig niedergeschrieben darzustellen suchte, daß er behauptete, er habe dabei zugesetzt: So wie die Leute und Zeugen angeben. Fortwährend und dringend verlangte er nun Kenntniß von den Aussagen der von ihm vorgeschlagenen Zeugen seines Benehmens am Tage der That, und als ihm solche dahin gehend eröffnet wurden, daß er daraus keinen Beweis seiner Verrücktheit oder Betrunkenheit entnehmen konnte, rief er aus: Ich habe jetzt, was ich wollte, die Zeugenaussagen stimmen ganz mit meinen Angaben überein und keiner derselben hat mich für verrückt oder betrunken gehalten. Was ich nun angegeben habe, muß richtig seyn, da ich mich an alles dieses erinnern kann, an alles Andere aber, was behauptet wird, mich nicht erinnern kann. Ich kann somit die Mordthat nicht begangen haben und bin frei von aller Schuld. Von jetzt an und bis zum Schlusse der Untersuchung läugnete er bestimmt die Begehung der That ab, widersprach, daß er ein Geständniß derselben abgelegt habe, gab nur zu, die Möglichkeit eingeräumt zu haben, daß er die That begangen, und deutete selbst darauf hin, daß die That eben so gut von dem allein anwesenden N. hätte begangen werden können, oder daß die Sache von seinen Brüdern, um ihn los zu werden, angezettelt worden seie. Auf Vorhalt, angegeben zu haben, daß er gegen die Daige nicht gut gestimmt gewesen, sagt er: Ich kann nichts mehr sagen, und läugnet, zugegeben zu haben, daß er die Aussagen des F. D., wegen des Messerschleifens, als wahr annehme. Er könne nicht glauben, daß er das Messer habe schleifen lassen.

Aus vielfachen Aussagen geht aber auf das Gewisseste hervor, daß Inquisit gegen die Daige einen geheimen Groll hatte, obschon er nie mit ihr wirklichen Streit gehabt hat, er macht ihr zum Vorwurf, daß sie stolz gegen ihn gewesen. Seitdem sie da gewesen, seie ihm nichts mehr geglückt, doch könne er sie dessen nicht beschuldigen. Drei Aussagen sind hierüber vom größten Gewicht. Ein Zeuge giebt an, vier Wochen vor dem Vorfalle habe er den Nathan getroffen und dieser sich geäußert, seitdem das Haus dastehe (auf das der Daige deutend), blühe ihm kein Glück. Ein Anderer hat 14 Tage vor der That dem Nathan begegnet und nach einigem Gespräch habe dieser gesagt: Siehe, wenn ich nur die da (auf das Haus des Jacob B. deutend, und somit die Daige meinend), den Falk und seine Köchle (die Eltern der Daige) in den Rhein hineinwünschen könnte, und es sollte ihnen recht gut gehen. Ein Dritter, 9 Tage vor der That, er habe dem Nathan begegnet und gefragt, ob er einen guten Tag gehabt? worauf er erwiedert: Ich weiß mir nicht mehr zu helfen, seit die Daige da wohnt, die kann mich nicht vor Augen sehen, ich sie aber auch nicht. Sie oder ich muß da weg. Er habe ihn darüber gezankt, worauf er erwiedert: Jörg, unter freiem Himmel gesagt, unter vier Augen, ich fahr' mein Vorhaben aus, ich bring' sie aus einander. Dabei seie er ganz wüthend gewesen und habe mit den Zähnen gegen das Haus des Jacob B. geknirscht. Nathan seie damals betrunken gewesen. Ueber alle drei Aussagen antwortet Inquisit mit Nichtwissen, sucht jedoch das Auseinanderbringen damit zu erklären, daß er sein Haus habe verkaufen wollen, und will die Zeugen damit verdächtigen, daß er sagt: Der eine ist Nachbar, der andere Knecht und der dritte Buchhalter meines Bruders.

Die fünf Vorfälle, welche Inquisit zum Beweise seiner Verrücktheit vorbrachte, sind zwar alle dahin erhoben, daß Inquisit darin mehr oder minder närrisches Zeug gemacht haben soll, allein, obschon er behauptet, dabei nie betrunken gewesen zu seyn, so wurde doch bei allen Vorfällen das Vorhandenseyn einer Trunkenheit erhoben, und bei einem Vorfalle, wo er in Anwesenheit vieler Leute mit Hinausspringen zum Fenster drohte, sich aber von ihnen halten ließ, verkennt das Gutachten der Sanitätscommission nicht, daß dieses nicht das Betragen eines Melancholischen seie, welcher zur Ausführung des Plans, sich sein Leben zu nehmen, nicht viele Gesellschaft wähle. Ueber die etwaige Trunkenheit des Inquisiten bei Begehung der That ward die sorgfältigste Untersuchung veranstaltet, wobei es sich herausstellte, daß er den ganzen Tag über drei Schoppen Wein, für 6 kr. Branntwein und einen Schoppen Bier, letzten vor der That, getrunken hat. Nur drei Personen wollen ihm eine Trunkenheit angesehen haben, jedoch in einem nicht hohen Grade, und namentlich giebt F. D., wo Inquisit vor der That sein Messer schleifen ließ, an, daß er zwar an Nathan damals eine Trunkenheit bemerkt habe, jedoch habe er vollkommen gewußt, was er thue, und habe ganz vernehmlich und verständlich gesprochen. Bei weitem mehr

Digitized by Google

Personen haben dagegen an dem Inquisiten lediglich keine Spur von Trunkenheit bemerkt, und namentlich sind dieses die Personen, welche mit dem Inquisiten im Kronenwirthshause unmittelbar vor seinem Weggange zur That mehrfach gesprochen haben. Ganz das gleiche Ergebniß führt auch die Vernehmung vieler mit dem Inquisiten bekannten Personen über seinen Seelenzustand überhaupt mit sich, denn während Alle darin einig sind, daß eine, wenn eingetretene, Veränderung sich erst aus den letzten drei Vierteljahren herschreibe, wo der Inquisit sich dem Trunke ergeben habe, glauben Einige an dem Inquisiten im Zustande der Trunkenheit melancholische Zustände und verrücktes Wesen bemerkt zu haben, während Andere alles dieses nur auf seine Trunkliebe schieben, ihn im nüchternen Zustande für ganz verständig erachten und selbst seine Kopfschmerzen für Verstellung halten, um von den Brüdern Unterstützung zu erhalten. Von irgend einer fixen Idee, welche sich bei dem Inquisiten gebildet haben soll, weiß aber auch nicht Einer nur irgend etwas anzugeben.

Nichtsdestoweniger ward Inquisit vom Physicat und diesseitigen Medicinalreferenten (1835) für unzurechnungsfähig erklärt. Beide bezogen sich dabei auf seine Kopfschmerzen, welche aus einem in den Kinderjahren des Inquisiten gewaltsam vertriebenen Kopfgrinde entstehen und einen fortdauernden düstern Eindruck hatten hinterlassen können, legen dabei auf die Trunkenheit, im Zustande welcher Inquisit die That begangen, und insbesondere darauf ein Hauptgewicht, daß die Art und Weise der öffentlichen Begehung der That, wo den Inquisiten sichere Strafe treffen mußte, mit Bestimmtheit darthue, daß er dabei seiner Vernunft nicht mächtig gewesen seie. Der Medicinalreferent insbesondere drückt sich so aus, daß Inquisit mehrmals seine Abneigung gegen die Daige zu erkennen gegeben, sogar seine Absicht, sie aus dem Wege zu räumen, habe laut werden lassen, so wie das Messerschleifen vor der That lasse zwar vermuthen, daß die That absichtlich, mit Ueberlegung verübt worden. Allein bei allen diesen Handlungen und Reden seie Inquisit nicht in einem Zustande freier Selbstbestimmung gewesen, und angenommen auch, es wäre bewiesen, daß hier und dort mit Ueberlegung gehandelt worden, so beweise dieses noch keineswegs, daß Inquisit auch in der That selbst seinen ungestörten Vernunftgebrauch und die Freiheit seiner Selbstbestimmung besessen habe. Habe er aber diese nicht gehabt, wie es alle die That begleitenden Umstände und die nachgewiesene (?) krankhafte Disposition des Inquisiten höchst wahrscheinlich machten, so finde auch keine Zurechnung Statt.

Mit diesem, obschon zusammenstimmenden, Gutachten konnte man sich nicht wohl beruhigen und gab daher die Sache an die Sanitätscommission ab. Diese begutachtete nun die Wirkung des vertriebenen Kopfgrinds auf den Seelen- und Gemüthszustand des Inquisiten als nicht vorhanden, unterstellte aber bei dem Inquisiten eine fixe Idee, daß er geglaubt, es blühe ihm kein Glück mehr, seitdem die Daige im neuen Hause des Bruders Jacob wohne, und entnahm daraus einen verborgenen Wahnsinn — amentia occulta. — Weiters ward Inquisit in Begehung der That als berauscht gefunden und daraus der Schluß gezogen, daß hier die fixe Idee und der Rausch die beiden ursächlichen Momente der unfreien gräßlichen That seien. Erstere seie als innerer prädisponirender, letzterer als äußerer gelegentlicher zu betrachten. Erwägend aber, daß dergleichen verborgene Seelenstörungen die Zurechnungsfähigkeit nicht aufhöben, weil Inquisit in seiner partiellen Verrücktheit wohl gewußt habe und es habe wissen müssen, daß er unrecht und strafbar handle, wenn er die Daige aus dem Grunde morde, weil sie seinem Glücke im Wege stehe und er sich nicht z. B. in der fixen Idee befunden habe, daß ihm die Daige nach dem Leben trachte, wo ihm die Tödtung derselben als im Zustande der Nothwehr begangen, nicht zuzurechnen gewesen wäre; erwägend ferner, daß der Rausch, so wie die Trunksucht, als gebundene und unfreie Zustände die Zurechnungsfähigkeit zwar in dieser Hinsicht aufhöben, dieselbe aber nothwendig zulassen müßten, wenn sie als durch freien Willen verschuldete Zustände betrachtet werden müßten, wie es hier offenbar der Fall seie, gab die Sanitätscommission ihr Superarbitrium wörtlich dahin ab:

> „Daß Inquisit den Mord an seiner Schwägerin zwar im Zustande persönlicher Unfreiheit, und daher in sofern ohne Zurechnungsfähigkeit begangen habe, daß aber diese Unfreiheit eines Theils durch eine partielle Verrücktheit, welche an und für sich die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließe, andern Theils durch den Zustand der Trunkenheit bedingt gewesen, für welchen Inquisit in sofern verantwortlich bleibe, als er durch dessen freien Willen herbeigeführt worden seie."

Bei der Deliberation verursachte dieses allerdings doppeltschneidige Superarbitrium vielfachen Streit, denn indem Einige aus seinem Eingange die Aussprache der persönlichen Unfreiheit und Unzurechnungsfähigkeit des Inquisiten, in sofern aber seine gänzliche Strafloſigkeit, entnahmen, dabei auch, unter Bezug auf die Verordnung vom 1. April 1824, Rggsbl. 1824, Nr. VIII, behaupteten, daß der Gerichtshof den Gutachten der Gerichtsärzte, zumal dem der Sanitätscommission, sich unbedingt unterwerfen und auf deren Ausspruch sein Urtheil bauen müsse, bestritten Andere diese Behauptung und folgerten aus der Begründung des Gutachtens der Sanitätscommission die Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit des Inquisiten, indem ja die partielle Verrücktheit und die Trunkenheit als die Grundlagen der Un-

Digitized by Google

freiheit des Inquisiten angegeben würden und für beide der Nichtausschluß der Zurechnungsfähigkeit und die Strafbarkeit des Inquisiten anerkannt worden seie. Die Mehrheit nahm daher eine, wenn schon geminderte, Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten an und verurtheilte ihn wegen vorsätzlicher Tödtung seiner Schwägerin zu einer Strafe von 15 Jahren Zuchthaus. Nur zwei Stimmen erkannten eine gänzliche Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten an, wichen aber in dem Strafantrage dahin von einander ab, daß der Eine einen vorbedachten Todtschlag, einen Mord, annahm und auf Todesstrafe stimmte, während der Andere einen in der Leidenschaft beschlossenen und vollführten Todtschlag unterstellte und dafür auf die Todesstrafe, unter Antrag auf Begnadigung zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe, votirte. Vier Stimmen nahmen eine gänzliche Unzurechnungsfähigkeit und Folge dessen Strafloſigkeit an.

Untersucht man hier sämmtliche ärztliche Gutachten, so findet man in ihnen eine gleichmäßige Unterstellung einer Trunkenheit, eines Rausches des Inquisiten, in welchem er die That begangen haben soll, während doch dieser äußerlich erkennbare Zustand des Inquisiten gar nicht bewiesen, vielmehr gerade durch die Aussagen Jener, welche den Inquisiten vor der That sahen und sprachen, dargethan ist, daß Nathan entweder gar keine Zeichen von Trunkenheit, oder wenigstens nur solche bemerkbar werden ließ, welche, wie F. D. bei dem Messerschleifen aussagte, zu erkennen gaben, daß er wohl wisse, was er thue, und welche seinem vernehmlichen und verständlichen Sprechen gar keinen Eintrag gethan hätten. Inquisit selbst hat auch keineswegs seine Trunkenheit als hauptsächlichen Entschuldigungsgrund seiner That vorgebracht, sondern solche nur erst im zweiten Verhör, und beiläufig, angegeben. Nirgends hat er sich im fernern Verlaufe der Untersuchung auf seine Trunkenheit berufen, und da sein Bestreben offenbar dahin gieng, die That als im Zustande der Verrücktheit geschehen, damit darzustellen, daß er sich ihrer gar nicht bewußt seyn will, so muß es um so auffallender erscheinen, daß man hier von einem Rausche spricht, wo die Zeugen keinen solchen bemerkten und wo der Inquisit sich hauptsächlich darauf nicht beruft. Bedenkt man auch, daß Inquisit 32 Jahre alt und sonst von gesunder Constitution ist und erst seit drei Vierteljahren sich dem Trunke ergiebt, und daß er zwei Tage vor der That nichts getrunken, am ganzen Tage der That, von Morgens 8 bis Abends 7 Uhr, nur drei Schoppen Wein und für 6 kr. Branntwein, zuletzt noch einen Schoppen Bier zu sich genommen hat, so läßt sich auch nicht im Entferntesten zugeben, daß diese geringe Quantität geistiger Getränke bei dem Inquisiten einen Rausch hervorgebracht haben sollte, welcher, seit drei Vierteljahren dem Trunke ergeben, gewiß noch nicht in dem Maaße durch die Trunksucht ruinirt ist, daß man ihn, drei Schoppen Wein und für 6 kr. Branntwein den ganzen Tag durch trinkend, als betrunken annehmen durfte. Nirgends ist aus den Acten zu entnehmen, daß Inquisit durch seine erst kurze Trunksucht schon körperlich geschwächt erscheint, daß er z. B. das Gliederzittern und das Aushusten von Magenwasser hat, was alle Trunkenbolde Morgens und so lange befällt, bis sie sich wieder durch geistige Getränke in den Zustand ihrer gewöhnlichen Trunkenheit versetzt haben, und bedenkt man noch, daß habituelle Trunkenheit den Menschen geistig abstumpft und Blödsinn hervorbringt, so kann man wahrlich aus dem Benehmen des Inquisiten in seiner Untersuchung, wo er nichts Blödsinniges zu erkennen gab, auf das Bestimmteste entnehmen, daß er durch seine Trunksucht noch gar nicht körperlich und geistig angegriffen ist, und daß man sonach von einer Trunkenheit bei der That gar nicht sprechen konnte. Seine Kopfschmerzen, deren Entstehungsgrund aus einem gewaltsam vertriebenen Erbgrinde die Sanitätscommission gänzlich verwarf, sind nichts, als die jeweiligen Folgen öfterer Trunkenheit, ein oftmaliger Katzenjammer, und so weit ist es denn doch wohl noch nicht gekommen, daß auch dieser Zustand eine Zurechnungsloſigkeit begründen sollte, obschon man die unverkennbare Richtung mancher Gerichtsärzte nicht genug beklagen kann, womit sie bei Inquisiten, zumal wenn geringe und unbedeutende Motive eine große Missethat erzeugen, auf jede Weise eine Verrücktheit, einen allerdings verborgenen Wahnsinn aufsuchen, und so gerade bei offenen Verbrechen eine Strafloſigkeit zu begründen suchen.

War sonach die Zurechnungsloſigkeit des Inquisiten auf eine actenmäßig nicht vorhandene Trunkenheit nicht zu begründen, so läßt sich auch irgend eine fortdauernde Geisteskrankheit oder eine augenblickliche Geistesstörung bei der That nirgends nachweisen, und alles, was man dazu angeführt hat, beruht auf selbst erschaffenen Unterstellungen. Inquisit soll an einer fixen Idee leiden, daß er geglaubt habe, es blühe ihm kein Glück mehr, seitdem die Daige im untern Hause wohne, und diese fixe Idee habe einen verborgenen Wahnsinn, eine amentia occulta, bei ihm begründet. Wenn ich nun das Vorkommen einzelner fixen Ideen und in sofern die Erscheinung einer partiellen Verrücktheit nicht läugnen will, so muß man doch gewiß zugeben, daß eine solche fixe Idee bei einem Inquisiten bewiesen und ihr Vorhandenseyn sicher gestellt seyn muß. Untersucht und vergleicht man andere ähnliche Vorfälle mit dem vorliegenden, so läßt sich bei allen jenen in fixen Ideen vollführten ähnlichen Tödtungen anderer Menschen die fixe Idee des Thäters vollkommen nachweisen, gewöhn-

Digitized by Google

lich bringt sie der Thäter selbst unmittelbar nach der That vor, er ist durch die That beruhigt, daß er nunmehr dem Getödteten, dem er wohlwollte, zu seinem Glücke geholfen hat, und in Erforschung des ganzen Seelenzustandes des Inquisiten läßt sich dann die Entstehung und Ausbildung der fixen Idee, und somit des verborgenen Wahnsinns überall und vollkommen nachweisen. Von allem diesem ist hier nichts vorhanden. Nur ein Zeuge sagt aus, daß Inquisit sich dahin geäußert habe, daß ihm kein Glück mehr blühe, seit die Daige unten wohne. Der Inquisit selbst will davon nichts wissen, nirgends sonst läßt er etwas von dieser fixen Idee merken, nirgends beruft er sich darauf, kein Mensch weiß etwas davon vor oder nach der That, und da Inquisit nach einer Aussage eines Zeugen selbst eingesehen hat, daß er die Daige dessen, daß es ihm nicht gut gehe, nicht beschuldigen könne, so muß man die Unterstellung einer fixen Idee bei dem Inquisiten um so auffallender finden, als das Benehmen des Inquisiten in der Untersuchung, sein planmäßiger Widerruf seines Geständnisses, nachdem ihm die Aussagen der Zeugen über sein Benehmen am Tage der That eröffnet waren, seine wohldurchdachte Berufung auf verschiedene Vorfälle zum Beweise einer, von ihm aber fein genug nicht vorgeschützten und näher auseinandergesetzten, allgemeinen Geistesstörung, unter hartnäckiger Wegläugnung der dabei bestehenden jedesmaligen Trunkenheit, sicher nachwiesen, daß er vollkommen geistesgesund war. Seine Verdächtigung des Buchhalters N., ja sogar seiner Brüder, daß diese den Tod der Daige angezettelt hätten, um seiner los zu werden, beweist fürwahr auf das Sicherste, daß Inquisit kein Geisteskranker, wohl aber ein moralisch tief verdorbener Mensch ist.

Es läßt sich auch gar nicht verkennen, daß nur die öffentliche Ausführung der Unthat die Meinung einer Geistesstörung erregt und unterstützt hat, und hätte Inquisit seine Schwägerin heimlicher Weise getödtet, so würde kein Mensch an seine Geistesverwirrung geglaubt haben, da man die Gründe und Ursachen der Unthat bei dem Inquisiten vollkommen nachzuweisen im Stande ist. Aber gerade weil man dieses ohne alle Beiziehung einer auch nur partiellen Verrücktheit thun kann, gerade darin liegt auch bei der öffentlichen Begehung der That der Beweis der vollständigsten Zurechnungsfähigkeit, und hätte man bedacht, daß blinde Leidenschaft überhaupt den Verstand und die Vernunft des Menschen bethört und unterdrückt, so hätte man, wie auch Beispiele genug es beweisen, nichts Unerklärliches darin gefunden, daß Inquisit bei seiner, vor der That neu und in hohem Grade gereizten, Leidenschaft des Hasses gegen seine Schwägerin, seine eigene Erhaltung vergessend, sie öffentlich und vor Zeugen getödtet hat und wie ein gereizter Tiger auf den Gegenstand seiner Wuth losgestürzt ist, wenn ihm schon sein Verstand sagen mußte, daß die Strafe unausbleiblich ist, und wenn ihm schon seine, nach befriedigter Leidenschaft wiederkehrende, Ueberlegung es auch wirklich da gesagt hat, wo er bei seiner Abführung nach Bruchsal sprach: Was weiß ich davon, hier ist mein Kopf, hier ist mein Körper, mein verdienter Lohn wird mir werden! Er ist ihm aber nicht geworden. So wie eine Leidenschaft in dem Menschen so hoch gestiegen ist, daß sie ihn zur Unthat, zur Tödtung eines Menschen, fortreißt, so hat der rasende Ruf blinder Leidenschaft die ruhige Stimme der Vernunft betäubt, er ist aber nicht geisteskrank, sondern nur in Hege und Pflege schlechter Leidenschaft moralisch gesunken, und war die Leidenschaft auf die Höhe gestiegen, daß ihre Befriedigung sogar den, jedem Menschen inliegenden, Selbsterhaltungstrieb in öffentlicher Begehung der Unthat auf die Seite setzt, so ist dieses nur ein Beweis einer auf das Höchste gesteigerten Leidenschaft, und damit einer um so höheren moralischen Verdorbenheit und größeren Gefährlichkeit.

Die Gründe der That liegen hier ganz klar vor. Inquisit sah im nämlichen Grade, zumal seit er sich dem Trunke ergab, seine Vermögensumstände sich verschlimmern, während die seines Bruders Jacob in der Weise stiegen, daß er das unten im Dorfe liegende Jägerhaus — ein städtisches Gebäude — kaufen und beziehen konnte. Die Schwägerin Daige mochte allerdings dem Inquisiten bei seiner Trunkliebe und Vermögenszerrüttung nicht gewogen seyn, und so ist es über allen Anstand dargethan, daß er schon seit langer Zeit einen tiefen Groll gegen sie gefaßt hat, obschon er selbst zugeben mußte, daß sie ihm eigentlich nichts zu Leide gethan habe. Diesen tiefen Groll sehen wir aber in den oben angeführten drei Zeugenaussagen sich in immer fort und fort gesteigerter Höhe zu einer wilden Leidenschaft des tödtlichsten Hasses entflammen, der so weit schon gieng, daß Inquisit voll Wuth 9 Tage vor der That gegen die Daige Todesdrohungen ausstieß, denn anders lassen sich die Reden des Inquisiten bei dem letzten der drei Zeugen gar nicht erklären. Aber auch die nächste Veranlassung der That ist nirgends verborgen. Der Inquisit geht in seines Bruders Haus und erblickt bei seinem Eintreten eine Schuld von 7 fl. von der Daige Hand öffentlich im Zimmer angeschrieben, die er schon bezahlt hat. Er ruft nur seinem Bruder zu, die Schuld auszumachen, und sich an den Tisch setzend, mehrmals sich mit der Hand an den Kopf schlagend, spricht er kein Wort mehr. Hier in diesem Augenblicke hat er den Entschluß nicht zur That, sondern zu ihrer Ausführung gefaßt. Hier mußte ihm, der schon voll des tödtlichsten Hasses gegen die Daige war, noch der Gedanke kommen, daß sie durch Anschreibung

Digitized by Google

einer nicht bestehenden Schuld ihn auch noch um sein Weniges bringen wolle, und in diesem Gedanken mußte sein innerer Kampf, angezeigt durch das Schlagen mit der Hand an den Kopf, ein nur kurzer und damit sich beendigender seyn, daß er nun rücksichtslos die schon längst in sich getragene Absicht der Tödtung der Daige zur alsbaldigen Ausführung beschloß und damit begann, daß er, alsbald fortgehend, das Messer unter falschem Vorgeben schleifen ließ, womit er nicht eine Stunde später die blutige That vollführte, und daß er da zur Ausführung schritt, wo nach Entfernung seines Bruders und des Buchhalters nur noch der ruhig am Tische sitzende N. ihn in seinem wilden Losstürzen auf sein Opfer nicht an der gräulichen That verhindern konnte. Die Arme über die Brust gekreuzt, wo er in der linken Brusttasche das Messer verborgen hielt, an einer Kommode stehend, von wo er alle Bewegungen seines Opfers beobachten konnte, lauerte er, wie der Tiger auf dem Sprunge, auf den Augenblick, wo die Daige, sich über ihre Kinder hinbeugend, ihn nicht beachtete, und wo er also seine That ungehindert ausführte. Fürwahr bei dieser Lage der Sache, wo man so hell und klar die Motive der That, den Entschluß und die Ausführung derselben nachweisen konnte, wo man überall nur wohl überlegten Plan und lange gehegten Entschluß findet, läßt es sich kaum erklären, wie man hier von einer Geistesstörung, von einer nirgends bestehenden fixen Idee, von einer unerwiesenen Trunkenheit sprechen konnte, und wenn es nicht dahin kommen soll, daß man blinde Leidenschaft, die Herrschaft des Bösen, als Geisteskrankheit betrachten will, und wenn nicht die Strafgerechtigkeitspflege beinahe auf nichts zurückgeführt werden soll, da alle dolose Verbrechen sich auf irgend eine Leidenschaft als Triebfeder gründen, so mag man wünschen, daß derlei Vorfälle überall einer sorgfältigen Prüfung unterworfen, und daß insbesondere nicht fixe Ideen und darauf begründete Geistesstörungen da angenommen werden, wo sie auf körperliche Zustände nicht gebaut und als innere Geisteszustände nicht in der Art nachgewiesen werden können, daß sie in äußerlichen, allein dadurch zu erklärenden, Handlungen auf eine erkennbare Weise zu Tage getreten sind.

Aber auch hier hat sich wieder die Frage erhoben, ob der Richter an den Ausspruch der Aerzte über die Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten unbedingt gebunden sei, und mehrere Stimmen haben solches auf den Grund der Verordnung vom 1. April 1824, Rggsbl. VIII, S. 59 bejahen zu müssen geglaubt. Allein ohne mich dabei aufzuhalten, daß das doppeltschneidige Superarbitrium (welwes die etwa darin ausgesprochene Unzurechnungsfähigkeit des Inquisiten aus den beiden Factoren der Trunkenheit und des partiellen Wahnsinns ableitet, wo es doch die Zurechnungsfähigkeit für jeden dieser Factoren unbedingt annimmt) eben so gut für die Zurechnungsfähigkeit, als für die Unzurechnungsfähigkeit zu gebrauchen war, so kann es wohl nicht bestritten werden, daß der Richter die Frage der Zurechnungsfähigkeit eines Inquisiten selbst nach seiner eigenen Einsicht zu entscheiden hat und hierin an Meinungen der Gerichtsärzte nicht unbedingt gebunden ist. Die Verordnung vom 1. April 1834 geht offenbar nur auf den Fall äußerlicher oder innerlicher Körperverletzungen, welche den Tod oder eine Verwundung herbeigeführt haben und wo zur Sicherstellung des objectiven Thatbestandes Kunstverständige vom Richter beigezogen werden müssen, deren letztes Gutachten der Richter allerdings in der Art beachten muß, daß er dessen Ausspruch als den objectiven Thatbestand des ihm zur Aburtheilung vorgelegten Verbrechens anerkennt und daraufhin sein Strafurtheil baut. Die Zurechnungsfähigkeit eines Verbrechers enthält aber zugleich und hauptsächlich die Sicherstellung des subjectiven Thatbestandes und den Ausspruch des Richters über die Strafbarkeit des Angeschuldigten, sie kommt daher bei allen Strafsachen vor und ihre bejahende oder verneinende Entscheidung bedingt alle Strafurtheile. Es läßt sich nun nicht verkennen, daß der Richter auch dabei das Gutachten von Kunstverständigen erheben und solches hauptsächlich da einholen wird, wo über die Zurechnungsfähigkeit eines Angeschuldigten wegen Geisteskrankheiten Zweifel bestehen oder erhoben werden. Es läßt sich auch nicht verkennen, daß der Richter auf derlei eingeholte Gutachten Gewicht legen und Rücksicht nehmen wird, allein es läßt sich nicht behaupten, daß er ihrem Ausspruche Folge leisten muß und daß er davon in seiner Beurtheilung der Strafbarkeit des Angeschuldigten gar nicht abweichen dürfe.

Daß dem nicht so ist, folgt schon aus dem Standpunkte unserer Gesetzgebung, daß nirgends eine Vorschrift besteht, welche den Richter anhält, über die Zurechnungsfähigkeit eines Angeschuldigten an sich ärztliche Gutachten zu erheben. Wenn auch der objective Thatbestand einer Tödtung selbst dem Laien ganz unzweifelhaft ist, wenn der Angeschuldigte dem Getödteten durch einen Schuß den ganzen Kopf zerschmettert hat und sonach gar kein vernünftiger Zweifel über die absolute Tödtlichkeit der Verletzung erhoben werden kann, so darf sich der Richter doch nicht über die Erhebung eines ärztlichen Gutachtens zur Sicherstellung des objectiven Thatbestandes hinaussetzen, sondern hat es eben so gut zu erheben, als in dem Falle, wo eine Vergiftung vorgefallen ist, deren Daseyn und Wirkung er als Laie nicht beurtheilen kann. Wenn aber die Zurechnungsfähigkeit eines Verbrechers nicht bestritten ist, und selbst wenn z. B. ein Betrunkener seine Zurechnungslosigkeit aus dem höchsten Grade des Rausches behauptet,

Digitized by Google

so ist der Richter nirgends gehalten, deshalb ein ärztliches Gutachten zu erheben, er kann seine Zweifel sich selbst lösen, und so wie er also nicht zur Einholung des Gutachtens angehalten ist, so kann er auch nicht gehalten seyn, dasselbe in seinem Ausspruche befolgen zu müssen, denn um diesem auszuweichen, hätte er nichts zu thun, als das Gutachten nicht zu erheben.

Es kann dem auch gar nicht so seyn. Wie gesagt, so ist die Zurechnungsfähigkeit eines Verbrechers seine Strafbarkeit selbst, und sie enthält also den Gegenstand der hauptsächlichen Beurtheilung des Richters in seinem Amte. Wäre er nun hierin an den Ausspruch eines Andern gebunden, müßte er den von einem Physicus und Medicinalreferenten für zurechnungslos Erklärten als solchen beurtheilen, so müßte er auch den für zurechnungsfähig Erklärten als solchen betrachten, und sonach Straflosigkeit oder Strafe nicht aus sich, sondern aus dem Urtheile der Sanitätsbeamten aussprechen. Alsdann würden diese nicht nur den objectiven, sondern auch den subjectiven Thatbestand der Verbrechen feststellen, der Richter wäre nichts, eine willenlose Maschine, die höchstens noch das Recht hätte, ein Superarbitrium der Sanitätscommission zu dem Zwecke einzuholen, um desto weniger selbstständig die Strafbarkeit eines Verbrechers beurtheilen zu dürfen, und so wäre diese Nothwendigkeit der Befolgung des Ausspruchs der Aerzte über die Zurechnungsfähigkeit eines Verbrechers die Abdankung der Richter zu Gunsten der Aerzte, wo man es dann nur für überflüssig erachten kann, daß man vier Hofgerichte und ein Oberhofgericht zur Handhabung der Strafgerechtigkeitspflege niedersetzt. Denn dazu braucht man kein Collegium von Juristen, um auf den nothwendig zu befolgenden Ausspruch der Zurechnungslosigkeit eines Verbrechers die Straflosigkeit hintennach folgen zu lassen. Man hat es zwar in Nr. 9. III. S. 53 der Annalen versucht, die Nothwendigkeit der Befolgung der ärztlichen Gutachten über die Zurechnungsfähigkeit der Verbrecher auf jene Fälle zu beschränken, wo es sich um körperliche, physische Zustände und ihre Rückwirkung auf das Denkvermögen des Inquisiten handle. Allein mit dieser Beschränkung ist auch nicht auszukommen. Die Trunkenheit, Taubstummheit würden offenbar unter solche körperliche Zustände fallen und man würde also gerade diese beiden Zustände, wo man wohl am wenigsten geneigt wäre, einer unbedingten Befolgung der Gutachten der Aerzte Raum zu geben, als jene anerkennen müssen, wo man an die Einholung eines ärztlichen Gutachtens über die Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten und an dessen Befolgung unbedingt gebunden wäre. Ein Satz, der bei der Häufigkeit der in trunkenem Zustande verübten Verbrechen einen großen Theil der Strafgerechtigkeitspflege dem Richter aus den Händen winden würde. Aber auch Zorn und seine Rückwirkung auf Willen und Vernunft ist ein körperlicher Zustand, und da Geist und Körper zu Eins verbunden sind, so läßt sich leicht jede Geistesstörung auch als ein körperlicher Zustand betrachten, indem es ja genug Aerzte giebt, welche bei dem Daseyn einer Geisteskrankheit auch eine körperliche Krankheit annehmen, so daß die Beschränkung in der That keine Beschränkung ist, sondern überall die Nothwendigkeit der Einholung ärztlicher Gutachten über den körperlichen Zustand eines Verbrechers und dessen Rückwirkung auf seinen Willen und seine Vernunft, so wie deren unbedingte Befolgung, mit sich führt.

Bei der nicht zu läugnenden Hinneigung der Aerzte zu Annahme von Geistesstörungen, bei der nicht zu verkennenden Vorkommenheit, daß sie gerne gerade den wildesten Ausbruch einer Leidenschaft als eine Geisteskrankheit und nicht als die gerade am meisten zu bestrafende zügellose Herrschaft des Bösen betrachten, ist aber der Satz, daß der Richter die Gutachten der Aerzte über Zurechnungsfähigkeit befolgen müsse, als ein den Gang und die Wirkung der Strafgerechtigkeitspflege sehr gefährdender zu betrachten und um so mehr zu bekämpfen, als es immerhin Richter giebt, welche, ihrer schweren Verantwortlichkeit für ihre Strafurtheile sich bewußt, gar gerne solche auf Andere überwälzen, und so Aussprüche der Aerzte als Gründe ihrer Urtheile achten, nur um nicht selbst in den Fall zu kommen, nach eigener Erwägung und unter eigener Verantwortlichkeit ihre Stimme abzugeben. So soll es nicht seyn, und nichts verlangt in dieser Beziehung Recht und Gesetz, als daß die zur Herstellung des objectiven Thatbestandes dienenden ärztlichen Gutachten unbedingt vom Richter dann zu befolgen sind, wenn er sich nach der Verordnung vom 1. April 1824 an jene Stelle gewendet hat, von der das Letzte und Oberste auszugehen hat. Hat er aber Zweifel über die Zurechnungsfähigkeit eines Verbrechers, so wird er zu ihrer Hebung allerdings auch ärztliche Gutachten einholen, er wird ihnen alle Aufmerksamkeit schenken, die sie verdienen, allein er wird ihnen nicht blinde und unbedingte Folge leisten, sondern er wird und muß, wenn er anders Strafrichter bleiben will, die Zurechnungsfähigkeit und die darauf gebaute Strafbarkeit nach eigener Einsicht prüfen und aussprechen, und kann eben so gut den von einem Arzte für zurechnungslos Erklärten für zurechnungsfähig ansehen, als er auch den für zurechnungsfähig Erklärten als zurechnungslos beurtheilen darf *). — Nemo qui condemnare potest, non absolvere non potest.

Sander.

---

*) Mit dieser Ansicht stimmt auch die Gesetzgebungscommission

II.

Belehrung über die Recurse gegen hofgerichtliche Straferkenntnisse und die an Seine Königliche Hoheit den Großherzog zu richtenden Begnadigungsbitten.

Wer in Untersuchungssachen durch ein hofgerichtliches Erkenntniß verurtheilt ist, kann, sofern er sich in irgend einem Punkte hierdurch beschwert findet, den Recurs an das Großh. Oberhofgericht ergreifen.

Dieser Recurs muß in einer Frist von acht Tagen von Eröffnung des Erkenntnisses an bei dem Amte schriftlich oder mündlich angezeigt und dann innerhalb einer weitern Frist von drei Wochen ausgeführt werden.

Sind diese Fristen eingehalten worden, so wirkt der Recurs Aufschub des Strafvollzugs, außer wenn durch denselben nur Herabsetzung der erkannten Strafe erzweckt werden will, und der Verurtheilte sich zum Antritte der Strafe bereit erklärt.

Der Recurrent kann seine Recursausführung, wenn er hierzu die gehörige Fähigkeit besitzt, mündlich zu Protokoll geben, oder dieselbe schriftlich durch einen Anwalt einreichen lassen. Wer aus Armuth einen Advocaten nicht zu bezahlen vermag, gleichwohl einen solchen zur Recursausführung bedarf oder wünscht, dem wird, bei gehöriger Nachweisung der Armuth durch ein von seinem Pfarramte und Gemeinderathe ausgestelltes Zeugniß, auf sein desfalls bei dem Amte vorzubringendes Ansuchen, ein Armenanwalt bestellt.

Wenn ein zahlungsfähiger Recurrent auf die Ausführung des Recurses Kosten verwendet hat, so hat er, auch wenn sein Recurs gegründet befunden wurde, keinen Anspruch auf deren Ersatz aus der Staatskasse.

Neben dem Recurse an das Großh. Oberhofgericht steht jedem Verurtheilten frei, eine Bitte um Begnadigung durch das Großh. Justizministerium an Seine Königliche Hoheit den Großherzog zu richten. Aufschub mit dem Vollzuge der Strafe tritt aber, auch bei Beobachtung der obigen Fristen zum Recurse, nur dann ein, wenn die Strafe in weniger als drei Monaten Correctionshaus besteht.

Hinsichtlich der Art der Ausführung dieser Begnadigungsbitte, der Aufstellung eines Armenanwaltes und der Kosten gelten alle Bestimmungen, welche für den Recurs an das Großh. Oberhofgericht gegeben sind.

Anmerkung. Nach §. 6 des provisorischen Gesetzes vom 18. Februar d. J. hat der Staatsanwalt seinen Recurs bei dem Hofgerichte anzumelden und auszuführen; in Bezug auf den Recurs des Beschuldigten hingegen ist im Gesetze keine diesfallsige Bestimmung zu finden. Schon aus diesem Schweigen kann man folgern, daß es mit dem Recurse des Beschuldigten nicht eben so wie mit jenem des Staatsanwalts gehalten werden soll. Die vorstehende Belehrung mußte in dieser Beziehung nachhelfen. Ihr Inhalt scheint jedoch den Anwälten und Gerichten wenig bekannt oder nicht deutlich genug zu seyn, was man daraus abnehmen kann, daß sich bis jetzt noch keine feste Praxis gebildet hat, indem der Recurs bald bei dem Amte, bald bei dem Hofgerichte, bald bei dem Oberhofgerichte angezeigt und die Rechtfertigung selbst bald da, bald dort eingereicht wird. Diese Wahrnehmung dürfte den Abdruck der Recursbelehrung in unserem Blatte entschuldigen. Man ersieht daraus, daß der Beschuldigte seinen Recurs bei dem Amte anzeigen und ausführen, auch daß ihm das Amt, wenn er vermögenslos ist, auf Begehren einen Officialanwalt bestellen soll; gleichviel, ob der Recurs zum Recht oder zur Gnade ergriffen wird.

Dadurch wird nun ein Theil der Officialarbeiten, womit die am Sitze der Obergerichte wohnenden Anwälte sonst vorzugsweise belastet waren, zur gebührenden Ausgleichung auf die an den Amtssitzen wohnhaften Advocaten und Schriftverfasser transferirt.

Die Aufstellung auswärtiger Officialanwälte mag jedoch zur Folge haben, daß in der Regel die hofgerichtlichen Acten zu ihrer Einsicht an die Aemter versendet werden müssen. Wegen dieses Umstandes wird voraussichtlich die gesetzliche Rechtfertigungsfrist selten eingehalten werden und daher das Großh. Oberhofgericht häufig in den Fall kommen, wegen Versäumung dieser Frist richterliche Nachsicht gestatten zu müssen.

Da nur noch jene Urtheile, welche eine mehr wie zehnjährige Zuchthausstrafe, Dienstunwürdigkeit u. s. w aussprechen, zur höchsten Bestätigung vorzulegen sind, so werden nur in solchen Fällen die Acten, bis sich zeigt, ob der Staatsanwalt oder der Verurtheilte recurirt, bei dem Hofgerichte zurückbehalten, in allen anderen Fällen hingegen, wenn der Staatsanwalt weder ihre Zustellung begehrt, noch Recurs anmeldet, gleich mit dem Urtheile an das Amt remittirt. Daraus ergiebt sich, daß auch die am Sitze des Hofgerichts wohnenden Anwälte, wenn sie von zahlungsfähigen Inculpaten mit der Recursausführung beauftragt sind, in Fällen der letztgedachten Art sich wegen Einsicht der Untersuchungsacten an die betreffenden Aemter zu wenden und auch die Recursschriften bei denselben einzureichen haben.

Die Recursausfertigung, welche übrigens auch mündlich zu Protokoll gegeben werden kann, wird alsdann, unter Beifügung der Acten, von dem Amte an das Hofgericht und von diesem an das Oberhofgericht zur Entscheidung eingesendet.

Bayer.

überein, wenn sie in §. 450 des Entw. einer Str. P. O. den Satz aufstellt:

„Ueber das Daseyn oder den Mangel der Zurechnungsfähigkeit wegen Seelenstörung entscheidet das Criminalgericht nach Erwägung der darüber erhobenen ärztlichen Gutachten, so wie der Aussagen der Zeugen, die wegen ihrer näheren Bekanntschaft mit dem Angeklagten über dessen Geistes- oder Gemüthszustand vernommen worden sind, und nach den Ergebnissen der eigenen Wahrnehmung." D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe den 6. Mai 1837.

I.

Ein Wort zur Beherzigung über den dermaligen Zustand unserer Amtsregistraturen, als Beitrag zur Prozeßordnung.

Niemand, der auch nur einige Kenntniß von der Organisation unserer Aemter im Allgemeinen, von der Form ihres Geschäftsganges und von dem Umfang der Geschäftsthätigkeit derselben hat, kann darüber im Zweifel seyn, daß eine wohlgeordnete Amtsregistratur die erste und unerläßlichste Bedingung zu einer guten Amtsverwaltung sei — ich möchte sagen, eine wohlgeordnete Registratur ist die Seele in der ganzen Geschäftsthätigkeit des Amtes.

Nur wo eine solche wohlgeordnete Amtsregistratur besteht, läßt sich erwarten, daß ein Geschäft, sei es dann gerichtlicher oder administrativer Natur, von seinem Entstehen bis zu seiner gänzlichen Erledigung von dem Beamten mit jener Vollständigkeit, Klarheit und Consequenz geleitet werde, welche ihm beiwohnen muß, wenn es auf äußere Ordnung und innere Tüchtigkeit Anspruch machen will.

Es beruht daher auf einer guten Amtsregistratur ohne Zweifel selbst das Ansehen des Amtes und seiner Handlungen, ja es beruht auf ihr noch mehr, es beruhen auf ihr die wichtigsten Interessen des Unterthans.

Es ist und kann keinem Beamten zugemuthet werden, besonders bei Aemtern die, wie sehr häufig bei uns, 20—24,000 Seelen haben, und wo zudem noch Administration und Justiz in sonderbarer Mischung durch einander gehen, daß er sich auch nur dunkel der ihm durch die Hände gegangenen Acten, der von ihm erlassenen Dekrete, gegebenen Bescheide, erstatteten Berichte ꝛc. erinnere.

Hier muß eine gut geordnete Registratur dem Beamten nothwendig zur Seite stehen — wo sie fehlt, kann nur Zögerung, Verwirrung und am Ende gänzliche Stockung des Geschäftsganges eintreten.

Wo eine gut geordnete Registratur mangelt, dort wird der respizirende Beamte oft Tage lang Zeit mit Aufsuchen von Voracten verlieren, sie doch nicht finden, und so am Ende in die unangenehme Nothwendigkeit versetzt seyn, ohne Voracten zu verfügen. Was wird die Folge davon seyn? — sie wird seyn, daß der Beamte sich häufig in seinen Verfügungen widerspricht; daß er häufig auf die Lage der Sache gar nicht passende Verfügungen gibt; daß er heute Anordnungen verwirft, die er vor wenig Wochen selbst getroffen hat u. dergl. mehr.

Dadurch wird sich das Amt und sein Vorstand einem Tadel bloß stellen, der sein Ansehen nur schwächen kann.

Jede Amtsregistratur ist und wird das Repositorium von hundert und nochmals hundert Urkunden, die über die wichtigsten Privatrechte der Unterthanen, wie nicht minder über öffentliche Verhältnisse bestimmen. In die Amtsregistratur muß die Partei in sehr vielen Fällen Dokumente abgeben, von denen ihre Ehre, ihr Eigenthum, ja öfter selbst ihre Freiheit abhängt.

Sie thut es im Vertrauen auf die Garantie, welche sie im Amte und seiner Organisation, als Staatsbehörde und Staatsinstitut, zu finden glaubt, im Vertrauen auf die Staatsregierung, welche ihr durch das Gesetz diese Nothwendigkeit auflegt. Sie erwartet aber eben deshalb auf der andern Seite auch mit allem Rechte, daß die Staatsregierung dafür Sorge trage, daß ihr, dem Staate anvertrautes Gut in der Amtsregistratur wohl geschützt und aufgehoben sei.

Je mehr sich nun aber bei mir unter solchen Betrachtungen die schon oben ausgesprochene Ueberzeugung feststellt, daß eine wohlgeordnete Amtsregistratur eine unerläßliche Bedingung zu einem guten, schleunigen und sichern Geschäftsgang bei jedem Amte sei, desto unbegreiflicher werden mir zwei Dinge, nämlich einmal ist es mir unbegreiflich, daß unsere, in allen Zweigen des Staatsorganismus so thätige und aufmerksame Regierung durch eine Reihe von Jahren keine Kenntniß von dem traurigen und wirklich verwahrlosten Zustande, in dem sich bereits alle Amtsregistraturen des Landes befinden, erhal-

Digitized by Google

ten haben solle, und zum zweiten ist es mir eben so unbegreiflich, warum unsere Regierung, wenn sie eine solchr Kenntniß gehabt, bisher keine Vorsorge getroffen hat, um diesem großen Uebelstande, der, wie gezeigt, so wesentlich in das öffentliche, wie Privatverhältniß der bürgerlichen Gesellschaft eingreift, abzuhelfen, besonders da, wie ich glaube, daß Mittel dazu sehr nahe liegt, und ganz einfach ist.

Manchem mag freilich mein eben ausgesprochenes Urtheil über den dermaligen Zustand unserer Amtsregistraturen etwas hart scheinen, ja Mancher mag darin vielleicht selbst eine unbescheidene Anmaßung von meiner Seite finden, besonders wenn ich ihm ganz offen bekenne, daß ich kein Mann vom eigentlichen Fache, d. h. kein angelernter Registrator bin, doch die Wahrheit hat immer etwas Hartes in ihrem Gefolge, bloß in der Ueberzeugung, sie zu sagen, schrieb ich diese Zeilen nieder, und dazu bedarf es wohl keines Mannes vom eigentlichen Fache: um Mängel und Gebrechen wahrzunehmen, die Jedem, der sie nur beobachten will, in die Augen springen, und die sich mit Händen greifen lassen.

Meine mehr als sechszehnjährige Advocatenpraxis, die mich nahe und ferne in die Amtsregistraturen des Landes führte, gab mir leider mehr als mir lieb gewesen Gelegenheit, mich von dem traurigen und verwaisten Zustande derselben durch eigene Anschauung zu überzeugen.

Ich könnte nicht nur ein Beispiel aufführen, wo man Tage und Wochen lang nicht bloß einzelne Actenstücke, sondern ganze Actenfascikel vergeblich in drr Amtsregistratur gesucht hat; ich könnte nicht nur ein Beispiel aufzählen, wo ich eine und dieselbe Verfügung zwei- und dreimal aus einer Amtskanzlei erhielt, ohne Zweifel nur, weil der Respizient keine vollständigen Voracten hattr; ich könnte nicht nur ein Beispiel angeben, wo mir von Aemtern Decrete zukamen, die durchaus nicht auf die Lage der Sache paßten, und wo es sich nur zu deutlich zeigte, daß der Respizient abermals ohne Voracten zu verfügen genöthigt war; ich könnte nicht nur ein Beispiel sagrn, wo Aemter sich aus meinen Manualacten ihre Acten, die nicht mehr zu finden waren, ergänzten; ich könnte nicht nur ein Beispiel namhaft machen, wo ich bereits Jahre lang Klagen bei Aemtern betrieb, und wo mir dann nach Verlauf solcher Zeit erst rin Ersuchschrriben des Amtes zukam, worin ich gebeten wurde, meine Klageschrift, oder Einrede noch einmal einzusendrn, da sie in der Registratur nicht mehr zu finden wärr, ich könnte endlich nicht nur ein Beispiel aufführen, wo Parteirn durch den Verlust von Acten in den Amtsregistraturen nicht bloß in neue Prozesse verwickelt, sondern selbst um ihr gutes Recht gebracht wurden.

So gleichen dann freilich öfters unsere Amtsregistraturen eher einer Gerümpelkammer, wo Sachen vom größten Werthe mit unbedeutenden Wischen in der buntestrn Verwirrung durch einander liegen, als einem wohlgeordneten Aufbewahrungsorte amtlicher Acten. —

Hinc illae lacrimae!

Diesrs Wenige wäre wohl schon genug, mein odrn ausgesprochenes Urtheil zu rechtfrrtigen, doch ich rufe die Amtsvorstände srlbst zu Zeugen auf.

Ich erwarte von ihrer Wahrheitsliebe die volle Bestätigung meiner Behauptung. Bei allen dürfte dieselbe Klage laut wrrden: daß ihre Registraturen nicht so grordnet und geführt sind, wie es ein sicherer und guter Geschäftsgang beim Amte erhrischt. Alle dürften den dringenden Wunsch aussprechen, daß diesem großrn Uebelstand bald möglichst abgeholfen und so die vielfachen Hindernisse beseitiget werden, die sich ihnen auch noch von diesrr Seite in drn Wrg werfen und sie nicht selten unter der Last ihrer Geschäfte, wo nicht physisch, doch grwiß moralisch erdrücken.

Jeder Amtsvorstand darf mir um so unbefangener dieses Zeugniß gebrn, als man ihm bei der Menge seiner Grschäfte, wenn er auch nur einigermaßen mit dem Laufenden fortkommen will, unmöglich zumuthen kann, daß er, wenn er den Tag hindurch, im eigentlichen Sinn des Wortes, von Parteien und Geschäften abgehetzt ist und vielleicht nicht einmal eine ruhige Suppe essen konnte, auch noch bei der Nacht den Registrator machen soll. Man verlange von dem Menschen auch nur Menschliches.

Worin liegt nun aber der Grund dieser dermaligen Verwahrlosung unserer Amtsregistraturen, und welches ist das Mittel, diesrn Uebelstand zu beseitigen. Beides liegt gleich nahe.

Statt wie bei höhern Gerichts- und Administrativstellen, auch bei den Aemtern zur Besorgung der Registraturen angrlernte Rrgistratorrn, die als Staatsdiener angestellt und bezahlt sind, zu nehmen; ist die Amtsregistratur in der Regel einem grwöhnlichen Tagsschreiber überlassen, der von der Einrichtung einer Registratur meistentheils nicht einmal eine entfernte Idee hat, ja vielleicht oft die Bedeutung des Wortes „Registratur" nicht krnnt.

Allein was kann man auch von rinem Mrnschen verlangen, der täglich etwa 30 kr. oder höchstens 40 kr. bezieht, und dieses zwar nur so lange, als es der Laune oder dem guten Willen des Amtsvorstandes grfällt, und der also schon seiner Zahlung nach in die Klasse der gewöhnlichen Taglöhner grhört.

Von einer solchen Person kann man wahrlich nicht verlangrn, daß sie irgend rin Interesse für ein Geschäft habe, welches ihr kaum die karge Befriedigung ihres Magens

Digitized by Google

einmal im Tage und etwa die nothdürftigste Bedeckung ihres Leibes gewährt. Es wird sich eine solche Person wenig darum bekümmern: ob ihre Registratur gut oder schlecht eingerichtet ist, da sie im ersten Fall eben so wenig ein besseres Loos erwartet, als sie im letztern ein schlimmeres zu fürchten haben könnte.

Was kann einem solchen Individuum daran gelegen seyn: ob einige Actenstücke oder ganze Actenbünde verloren gehen? — es wirft vielleicht manche absichtlich in einen Winkel, aus dem sie nie mehr ans Tageslicht kommen, um in seiner Art die Registratur zu *vereinfachen*; oder um, aus Rücksicht für einen guten Freund, einen Prozeß *abzukürzen*.

Eine etwaige Entschädigungsklage hat *dieser* Registrator wohl nicht zu befürchten, da es ja ein bekanntes altes Sprichwort ist, daß dort, wo *nichts* ist, selbst der Kaiser sein Recht verloren habe.

Dieses sind die Hände, denen seit *vielen Jahren*, in unbegreiflicher Weise, die wichtigsten Interessen des Unterthans anvertraut sind — Interessen, die so tief nicht blos in das Wohl und Wehe des Einzelnen, sondern selbst in jenes der Gesammtheit eingreifen — Interessen, die daher wohl verdienen, von der Regierung *beachtet* und gewahrt zu werden.

Unmöglich kann die Regierung der Ansicht seyn, daß unsere Amtsregistraturen nicht eben dieselbe Wichtigkeit, wie jene der höhern Gerichts- und Administrativstellen, für den Geschäftsgang in allen Zweigen der Administration und Justizverwaltung haben. Bilden doch diese Amtsregistraturen gleichsam die Grundlage aller höhern Registraturen.

Auf sie hat man jedesmal von den höhern Stellen zurückzugreifen, sobald irgend ein Prozeß oder Geschäft, welches, in der untern Instanz begonnen, sachgemäß fortgeleitet werden soll. Ist die Actensammlung beim Amte unvollständig, mangelhaft, so wird sie es bis oben hinaus bleiben, und die höhern und höchsten Stellen werden die Nachwehen einer solchen Unvollständigkeit empfindlich gewahren — ja sie wird und muß auch in ihrem Geschäftsgang *Zögerung*, *Unsicherheit* und, was noch schlimmer ist, *falsche* Behandlung der Sache zur Folge haben.

Dieser deplorable Zustand unserer Amtsregistraturen, der nur zu lange schon gedauert hat, wird aber so lange fortdauern, ja er wird tagtäglich durch die Vermehrung der Acten trauriger werden, so lange nämlich nicht die Regierung den oben angeführten Grund dieses Uebelstandes befritiget, d. h. mit andern Worten, so lange die Regierung nicht den Registraturdienst bei den Aemtern, gleich wie bei den höhern Stellen, als einen ordentlichen Staatsdienst betrachtet, so lange die Regierung diesen Dienst nicht mit unterrichteten Leuten vom Fache besetzt, und so lange sie, die Regierung, solche Leute nicht für diesen Dienst, der die Thätigkeit eines Mannes ganz in Anspruch nimmt, *anständig* bezahlt.

Erst dann wird die bestehende Unordnung und Verwirrung in diesem wichtigen Zweig der Amtsverwaltung aufhören — erst dann können und werden die Amtsgeschäfte jenen geregelten, sichern und beschleunigten Gang annehmen, welchen sie in jedem gut organisirten Staate haben sollen — erst dann wird dem Unterthan jene Sicherheit für sein Eigenthum und seinen Rechtszustand im Allgemeinen gegeben seyn, die er vom Staate mit Recht verlangen kann.

Die Absendung von Commissären zu diesem oder jenem Amt, um dessen Registratur wenigstens wieder in Gang zu bringen, wenn das Amt selbst nicht mehr im Stande war, den Faden der Ariadne zu finden, der ihm aus dem Labyrinthe seiner Registratur herausgeholfen hätte, war stets ein ganz unzureichendes Mittel, um den Registraturen der Aemter aufzuhelfen. Ich betrachte alles für solche Commissionen aufgewendete Geld als eine durchaus *unnütze*, *ganz vergebliche* Ausgabe.

Was konnte das nützen, wenn auch ein Mann vom Fache zu diesem oder jenem Amte gesendet wurde, um dessen bis zum gänzlichen Stocken in Unordnung gebrachte Registratur wieder in Gang, oder doch wieder so weit zu bringen, daß kein förmliches Justitium eintreten mußte?

Dieses mochte für den Augenblick seiner Anwesenheit gut seyn, doch sobald er seinen Fuß aus der Thüre der so gut wie möglich wieder in Gang gebrachten Amtsregistratur setzte, mußte mit derselben Ursache dasselbe Uebel zurückkehren. Der Tagschreiber begann abermal sein unheilvolles Wirken in der Amtsregistratur, und in wenig Wochen war wieder die alte Unordnung und Verwirrung da.

Die Vermehrung der Auslagen im Staatshaushalte, welche die Anstellung eines ordentlichen Registrators bei jedem Amte erforderte, würde an sich nicht so bedeutend ausfallen, wenn man gleich jedem dieser Registratoren, was seyn müßte, einen Gehalt gebe, woraus er für seine Person wenigstens *anständig* leben könnte. Indessen kann bei einer im öffentlichen Interesse so *nützlichen* und *nothwendigen* Ausgabe der Betrag der Ausgabe gar nicht in Betracht kommen.

Es werden weit größere Summen aus dem Staats-

Digitized by Google

beutel bezahlt, für Einrichtungen und Bedienstungen, die wenigstens nicht wichtiger und nothwendiger, als eine wohlgeordnete Amtsregistratur sind. Wie reichlich ist nicht unsere Zolleinrichtung in allen ihren Zweigen dotirt — ja selbst bis zum Ueberfluß; und soll eine wohlgeordnete Amtsregistratur für den Staat und seine Angehörigen nicht so wichtig seyn, wie ein Zollbureau?

Man gebe noch eine Prozeßordnung — man trenne immer die Justiz gänzlich von der Administration, und man mache noch manche ähnliche Einrichtung, um den Geschäftsgang im Administrativ- und Justizfache zu beschleunigen und zu sichern, immer wird auch eine wohlgeordnete Amtsregistratur eine unerläßliche Bedingung zur Erreichung dieses Zweckes seyn.

Es ist daher zu erwarten, daß unsere Regierung nicht mehr länger anstehen wird, auch diesem Theile des Organismus unserer Aemter ihre Aufmerksamkeit zu schenken, und daß sie eben deshalb dafür sorgen werde, daß einem längst und so tief gefühlten Uebelstande durch zweckmäßige Anordnungen recht bald abgeholfen werde.

Ein Hofgerichtsadvokat zu Freiburg.

II.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über ein Aufforderungsgesuch von Personen, welche dingliche Ansprüche an einen Gegenstand machen könnten. Zur Erläuterung des §. 773 der Prozeßordnung.

Der Fiskus verkaufte in Karlsruhe ein Haus, welches er seit mehr denn 60 Jahren unbeanstandet besessen hatte, und als nun dieser Verkauf gewährt werden sollte, ward die Gewähr vom Gemeinderath verweigert, weil in den Grundbüchern von Karlsruhe der Fiskus nirgends als Eigenthümer des Hauses eingetragen war, und überhaupt davon gar nichts vorkam. Um nun die Gewährung zu erhalten, betrat der Fiskus den Weg einer öffentlichen Aufforderung des §. 773 der Prozeßordnung, allein der Unterrichter wies ihn damit angebrachtermaßen ab, indem er aus dem §. 773 und 844 der Prozeßordnung argumentirte, daß der Aufforderer dabei sein rechtliches Interesse an dem Gegenstand der Edictalladung, also seinen Rechtstitel nachweisen müsse, und der Fiskus sein Eigenthum an dem fraglichen Haus nicht nachgewiesen, überdies auch in seinem Aufforderungsgesuch zu viel verlangt habe.

Auf ergriffene Appellation, worin auch der Appellant nunmehr um Erlassung der Edictalladung gebeten hatte, ergieng aber das Urtheil:

In Anbetracht des Ansuchens des Fiskus vom ꝛc. und des Urtheils des Stadtamts Karlsruhe vom ꝛc.;

In Erwägung, daß nach §. 773 der Prozeßordnung der Aufforderer keineswegs seinen Rechtstitel zum Eigenthum des Gegenstands, wegen dessen er die Aufforderung verlangt, nachweisen muß, sondern nur sein rechtliches Interesse zur verlangten Aufforderung nachzuweisen hat, was hier zur Genüge damit geschehen ist, daß der Verkauf des fraglichen Hauses nicht in das Grundbuch eingetragen, und dem Käufer nicht die Gewähr des Kaufs ertheilt werden will, woran dem Aufforderer als Verkäufer gelegen seyn muß, weil sonst der Verkauf rückgängig wird, was nach §. 844 flgde. der Prozeßordnung ein rechtliches Interesse zur Aufforderung ist;

In Erwägung, daß bei Aufforderungsgesuchen, wie hier eines vorliegt *), ein Beweis des Eigenthums des die Aufforderung veranlassenden Gegenstandes um so weniger verlangt werden kann, als ja sonst bei dem vollen Beweis des Eigenthums ein Anspruch eines Unbekannten an dieses Eigenthum nicht wohl gedacht werden kann;

In Erwägung, daß aus dem etwa zu viel verlangenden Aufforderungsgesuch kein Grund zur Verwerfung desselben angebrachtermaßen, sondern höchstens nur eine endliche Verwerfung desselben als in Rechten unstatthaft folgen kann;

In Erwägung, daß dem Ansuchen des Klägers, nunmehr die Aufforderung des §. 773 der Prozeßordnung dahier zu erlassen, bei der vom Unterrichter nur geschehenen Verwerfung des Gesuchs als angebrachtermaßen, nach §. 1238 der Prozeßordnung nicht entsprochen werden kann, sondern dieses dem Unterrichter selbst zu überlassen ist;

Wird zu Recht erkannt, daß das ergangene Urtheil des Stadtamts Karlsruhe vom 2. Sept. aufzuheben, und demselben aufzugeben seie, auf das eingebrachte Aufforderungsgesuch einzugehen, und das weiter Geeignete zu erkennen. Die Kosten bleiben auf dem Kläger, Appellanten.

V. R. W. Sander.

*) Wo es sich nur um Eigenthumsansprüche an das Haus handelte.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 19. | Karlsruhe den 13. Mai 1837.

I.

Erwiederung, die Ungleichförmigkeit der Entscheidungen desselben Gerichtshofs und die Mittel, sie zu verhüten, betr. Zu Ann. IV. S. 157, 197 ff. 281 ff. und V. S. 20 *).

Ich habe, anläßlich der Erörterung einer, in kurzer Zeit auf entgegengesetzte Weise bei einem unserer Gerichtshöfe entschiedenen Streitfrage, in Nr. 26 der A. des vorigen Jahrs (S. 157) auf die nachtheiligen Folgen solcher Erscheinungen aufmerksam gemacht und zugleich einen Ausweg vorgeschlagen, durch welchen meines Erachtens dem Uebelstande abzuhelfen wäre. So einfach und natürlich mir das Auskunftsmittel schien, so hat es doch starken Widerspruch gefunden und zwar zuerst in Nr. 33, sodann in Nr. 47 der A., J. IV. Die Verfasser dieser beiden Artikel sind aber wieder nicht mit einander einig; während es der Verf. des ersten beim Alten lassen will und meint, daß es uns an „umfassenden und durchgreifenden (?) Bestimmungen" hierüber nicht fehle, glaubt der Verf. des andern Artikels im Gegentheil, es sei Abhülfe dringend nöthig und macht seinen besondern Vorschlag, gegen den jedoch wieder die Redaction Bedenken erhebt. Wenn mein Vorschlag weiter keinen Werth hätte, so würde ihm doch wenigstens das Verdienst bleiben, einen Gegenstand zur nähern Erörterung gebracht zu haben, der ein dringendes Bedürfniß der Rechtspflege berührt und darum nicht schnell genug zur Entscheidung vorbereitet werden kann. Mir scheint derselbe jedoch durch die beiden Angriffe keineswegs widerlegt zu seyn, vielmehr glaube ich, daß, was ich dort nur vorübergehend mit wenigen Worten angedeutet, sich gegen die vorgebrachten Argumente vollkommen begründen und halten lasse. Ich erachte mich um so mehr zu dieser Begründung verbunden, als ich mißverstanden wurde, und die Wichtigkeit des gerade auch in andern Staaten zur Sprache gebrachten Gegenstandes wohl eine nähere Angabe der Gründe für den Vorschlag rechtfertigt, nachdem dieser einmal bestritten ist. Eben dieser Wichtigkeit wegen wird es aber auch zu meiner Aufgabe gehören, den vom zweiten Gegner gemachten Vorschlag einer Prüfung zu unterwerfen, damit durch den Kampf der Gründe der Sieg der Wahrheit herbeigeführt oder doch wenigstens das erreichbar Beste zu Tag gefördert werde.

I. Der erste meiner ehrenwerthen Gegner, der in Nr. 33 spricht, glaubt, meine Bemerkungen seien „nicht durchaus begründet," und er hält den Vorschlag „nicht für ganz zweckmäßig." Was das erstere anbelangt, so kann damit nur meine Aeußerung gemeint seyn, daß solche Erscheinungen, wie die, von welcher ich die Veranlassung zu dem Art. in Nr. 26 nahm, der Rechtsverwaltung und dem ihr nöthigen Vertrauen schaden und daß deshalb jeder Freund einer gleichförmigen Rechtspflege wünschen müsse, daß sie nicht wiederkehren möchten. Diese Aeußerung spricht einen jener Sätze aus, welche an sich selbst so einleuchtend und allgemein anerkannt sind, daß sie einer weitern Rechtfertigung nicht bedürfen; der Verfasser selbst anerkennt auch später das Gegründete meiner Bemerkungen unwillkührlich durch die Erklärung, daß er den Wunsch einer möglichst gleichförmigen Rechtspflege mit mir theile. Sein erster Tadel erscheint daher ungegründet, und ich kann deshalb sogleich zur Beleuchtung seiner Gründe gegen meinen Vorschlag übergehen.

Der Aufsatz läßt sich auf drei Punkte zurückführen. Erstens bemüht sich der Verf. es uns zu erklären, wie natürlich es bei der gerügten Verschiedenheit der Urtheilssprüche desselben Gerichtshofs zugehe und wie wenig daher Grund des Staunens wegen solcher Erscheinungen vorhanden sei. Zweitens sucht er die Schwierigkeit der Ausführung meines Vorschlags zu zeigen. Drittens behauptet er am Schlusse, daß „es uns an umfassenden und durchgreifenden Bestimmungen für den Fall, wenn in der That eine Besorgniß erregende Meinungsverschiedenheit vorkomme, nicht fehle."

In dem ersten Punkte hat uns der Verf. eine Nachweisung geliefert, deren es gar nicht bedurfte. Mir

*) Durch Zufall verspätet.

Digitized by Google

wie den Lesern waren die Einrichtungen und Ursachen, aus denen die in Frage gekommene Ungleichförmigkeit der Entscheidungen bei demselben Gerichtshofe in einem natürlichen Kausalzusammenhange hervorgieng, hinreichend bekannt und ich weiß auch nichts davon, daß ich deshalb über die Erscheinung „gestaunt" hätte, wenn ich gleich den Vorfall auffallend fand. Um diese Erklärung handelte es sich deshalb auch gar nicht, sondern nur darum, der völlig klaren Sache, dem Mißstande nämlich, als den Jeder, wenn er auch noch so gut mit der organischen Einrichtung unserer Gerichtshöfe bekannt ist, dieselbe gelten lassen muß, abzuhelfen. Gerade darum, weil die Erscheinung in den gegenwärtigen Einrichtungen ihren natürlichen, wenn auch nicht nothwendigen Entstehungsgrund hat, habe ich eine Aenderung vorgeschlagen, und zwar, um die Beseitigung des Mißstandes um so bälder möglich zu machen, in derjenigen Weise, welche meines Bedünkens am wenigsten Abänderung in der bestehenden Gerichtsorganisation erforderte. Denn ohne diese Rücksicht hätte ich wohl ein souveräneres Hilfsmittel gewußt, das ich am Ende meines Aufsatzes angedeutet zu haben glaube. Im Ganzen scheint mir die Verschiedenheit unserer Ansichten, wenn namentlich der Gegner in Nr. 33 in seiner Erklärung zum Vertheidiger der von mir getadelten Erscheinung wird, hauptsächlich darauf zu beruhen, daß er seinen Standpunkt in dem Gerichtssaale nahm, von da aus und wohl nicht ganz frei von der Meinung, das Gerichtsansehen vertheidigen zu müssen, die Sache ansah, während ich sie von außen her, nämlich vom Standpunkte des nichtrichtenden Publikums aus und ohne alle Nebenrücksicht in's Auge faßte. Welcher Standpunkt der richtigere sei, wird Jeder leicht erkennen. Das Vertrauen der Rechtsuchenden ist die erste Bedingung einer guten Rechtspflege, und da der gesunde Sinn des Bürgers oder Nichtrechtsgelehrten solche Mißklänge, wie der in Frage liegende, eben so gut fühlt als der Rechtsgelehrte, so kann ich die Richtigkeit der Bemerkung des Gegners, daß der Laie an der Gleichförmigkeit der Rechtspflege kein großes Interesse nehme, durchaus nicht anerkennen. Ueber einige Sätze, die der Gegner in seinen Angriff mit aufgenommen, bedarf es indessen gar keiner Erörterung, da sie von mir nicht bestritten und auch meinem Vorschlag gar nicht entgegen sind. Dahin gehört z. B., daß zwei Gerichte überall verschiedene Ansichten haben können; daß eine völlige Gleichförmigkeit unerreichbar sei (wo ist das Vollkommene dem Menschen erreichbar?), daß die Entscheidung des Plenum's das einzelne Mitglied des Senats nicht binden könne; eben so versteht es sich von selbst, daß ich bei meinem Vorschlag unterstellte, daß die proponirte Anordnung von der Gesetzgebung ausgehen müsse, da ja nur diese ein bestehendes Gesetz abändern kann. Daß die zwei von mir geprüften Entscheidungen nicht „aus dem Schooße desselben Gerichtshofs" hervorgegangen seien und daß in Freiburg zwei Gerichtshöfe, in den beiden Senaten nämlich, bestehen, davon wird der Gegner wohl Niemand überreden, so lange das Organisationsedict v. J. 1809 nicht aufgehoben ist. Was faktisch sich, wenn auch öfters, theilweis oder selbst ganz mit denselben äußern Merkmalen darstellt, die einer verfassungsmäßig bestehenden Einrichtung eigen sind, ist darum noch keineswegs im rechtlichen Sinn selbst eine solche Einrichtung; und gerade weil das rechtsuchende Publikum mit dieser innern Abtheilung im Senate, die ihren Hauptgrund in der nothwendigen Rücksicht auf Beschleunigung der sonst allzusehr anwachsenden Geschäfte hat, weniger bekannt ist; weil es nur von einem Hofgerichte in Freiburg, Mannheim ꝛc. weiß, muß man um so mehr auf Verhütung ungleichartiger Entscheidungen bedacht seyn. Wenn es schon überhaupt eine eben so allgemein geltende als gerechte Anforderung an eine gute Rechtsverwaltung ist, daß sie für Gleichförmigkeit der Richtersprüche im Lande möglichst sorge und darin oder in der größtmöglichen Annäherung an das Ideal mit Recht eine wesentliche Garantie für die richtige Gesetzesanwendung und Rechtssicherheit gefunden wird; so müssen die dafür sprechenden Gründe mit doppelter Stärke der Anforderung zur Seite stehen, daß Ungleichförmigkeit und Widersprüche in einem und demselben Gerichtshofe verbannt werden, bei welchem, unbeschadet der Absonderung der Mitglieder in Senate für den größern Theil der Geschäfte, in der verfassungsmäßigen Einheit des Gerichtskörpers und der Vereinigung sämmtlicher Mitglieder unter einem Vorstande, ein höchst einfaches Mittel, Gleichförmigkeit der Urtheile zu erzielen, an die Hand gegeben ist. Die beiden Gegner haben nicht geläugnet — und dies scheint mir für die Entscheidung des Streits von wesentlichem Belang zu seyn — daß wirklich durch die von mir vorgeschlagene Entscheidung der Controversen vom Plenum eine größere Gleichförmigkeit zu erreichen sei, als bei den Entscheidungen durch die einzelnen Senate. Es beruht dies auch auf Gründen, die jedem Unbefangenen einleuchten müssen. Um nur einen zu berühren, so ist schon in der Abtheilung in Senate selbst ein breiter Boden für die Ungleichförmigkeit der Entscheidungen gelegt, indem dadurch zwei von einander unabhängige Majoritäten sanctionirt werden, während in dem Plenum die eine Majorität einen Richtpunkt für alle Stimmen bildet. Außerdem, daß durch diese Art der Behandlung controverser Fragen eine größere Gleichförmigkeit erreicht würde, empfiehlt sie sich nebenbei auch noch aus dem Grunde, weil sie in demselben Maß, als sich die Zahl der Richter vermehrt,

Digitized by Google

die Gewähr für das materielle Recht erhöht, das nur gewinnen kann, wenn mehr Sachverständige mit ihrer Einsicht und Gesetzeskenntniß zusammen wirken. Vom Gesichtspunkte der Wichtigkeit aus dürfte wohl da kein Einwurf zu erwarten seyn, wo man viele Gegenstände durch das Plenum entscheiden läßt, welche, wie z. B. Ablehnungen des Richters ꝛc., im Allgemeinen von weniger bedeutenden Folgen sind. Endlich streitet für den Vorzug dieser Entscheidungsart noch der nicht unerhebliche Umstand, daß alsdann das Urtheil auch wirklich und ohne Täuschung als das Erkenntniß eines bestimmten Gerichtshofs angesehen werden kann, was ohne sie sehr häufig nicht der Fall seyn würde. Setzen wir den Fall, daß bei der Abtheilung in zwei Senate der eine Senat eine Controverse einhellig bejahend, der andere sie mit einfacher Majorität verneinend entscheidet, so hat im letztern Fall der unterliegende Theil den schlechten Trost und Scandal möchte ich sagen, daß er seinen Prozeß bei einem Gerichtshofe verloren hat, bei dem von zehn Mitgliedern sieben seine Sache für gerecht halten. Der Fall kann sich noch bunter gestalten, wo drei gesonderte Civilsenate bestehen. Hier könnte es geschehen, daß zwei Senate einstimmig eine Streitfrage bejahend entscheiden, während der dritte Senat mit einfacher Majorität sie verneinend entscheidet, in welch letzterm Fall dann der Verlierende nicht weniger als 12 von 15 Stimmen des Gerichtshofs für sich hätte: eine Erscheinung, die gewiß wenig Erbauliches hätte. Der schlichte Verstand wird in einem solchen Fall Mühe haben, die Rechtspflege nicht für ein Possenspiel zu halten. Würde die Controverse vom Plenum entschieden, so wäre ein derartiges Aergerniß unmöglich; alsdann hat der Gerichtshof in seiner wirklichen Majorität das Urtheil gefällt und es würde, wie dieses auch ausfallen möchte, selbst für den Verlierenden darin eine gewisse Beruhigung liegen, die in jener Senatsentscheidung nimmermehr gefunden werden könnte.

Man wendet ein, daß ja derselbe Mißstand auch bei den verschiedenen Gerichten erster und zweiter Instanz vorkomme. Das heißt fürs Erste so viel als: weil wir mit dem vorgeschlagenen Mittel nicht durchweg Gleichförmigkeit der Entscheidungen erzielen können, so taugt das Mittel gar nichts, oder: weil wir nicht Alles haben können, wollen wir nichts. Gerade durch das Mehr oder Weniger bestimmt sich in allen Dingen, wo absolute Vollkommenheit zu erreichen unmöglich, der Werth der Einrichtungen. Fürs Andere ist aber damit der Streit auf ein ganz anderes Feld gespielt; es beleidigt das rechtliche Gefühl bei weitem nicht so, wenn zwei ganz verschiedene Gerichte sich widersprechende Erkenntnisse über dieselbe Frage geben, als wenn dies von ein und demselben Gerichte geschieht. Eine noch vollkommenere Gleichförmigkeit der Entscheidungen würde freilich durch Einführung der Staatsanwaltschaft und eines Kassationshofs mit den Attributen, welche in dieser Hinsicht die Institute in Frankreich haben, zu erreichen seyn.

Der Einwurf, daß die Mitglieder des einzelnen Senats doch nach dem Plenarerkenntniß wieder nach ihrer vorigen Ansicht entscheiden und so zu oft derselbe Act mit zu großer Zeitverschwendung sich wiederholen würde, ist einmal da von keinem Belang, wo es sich um eine so hochwichtige Frage für die Rechtspflege und das Ansehen der Gerichte handelt; sodann wäre derselbe wohl auch nur dann ganz gegründet, wenn es richtig wäre, daß jedes einzelne Gerichtsmitglied eine so vollendete wissenschaftliche Bildung und Abgeschlossenheit seiner Ansichten besäße oder sich beizulegen eitel genug wäre, daß es glauben könnte, es vermöge von der Einsicht Anderer und durch ferneres Nachdenken gar nichts mehr zu gewinnen; oder wenn man einen unbeugsamen Eigensinn voraussetzen wollte. Daß Jeder fortan seiner freien Ueberzeug im Senat, wie im Plenum, folgen dürfte und sogar müßte, versteht sich von selbst. Die Erfahrung lehrt aber, daß die tüchtigsten Köpfe im Kampfe mit Gegengründen oft, und zumal in sehr zweifelhaften Materien, einer andern Ansicht werden.

Die vermeintlichen Schwierigkeiten in der Ausführung meines Vorschlags kann ich nicht einsehen, wenigstens sind sie sicher nicht unüberwindlich. Unter einem Obergerichtspräsidenten wird man sich bei guter subjektiver Gerichtsorganisation immer einen in Geschäften lange geübten und deshalb auch seines Geschäfts und der darin vorkommenden erheblichsten Controversen kundigen Mann zu denken berechtigt seyn, dem es daher nicht so schwer fallen dürfte, als der Gegner meint, die erforderliche Aufsicht zu führen, und was hindert ihn, sich von den einzelnen Mitgliedern des Gerichtshofs dabei unterstützen zu lassen, das Geschäft durch Anlegung von besondern Memorabilienbüchern, wie das vor Kurzem beim unterrheinischen Hofgerichte beschlossen wurde, sich zu erleichtern? Das Meiste wäre dabei Geschäftsmanipulation und leicht zu normiren.

Wenn ferner auch der vom Gegner aufgeworfene, seltene Fall eintreten sollte, daß eine einzelne Stimme entschieden hätte und sich deshalb bei Abwesenheit dieses Mitgliedes ein anderes Resultat ergäbe, so würden wir uns abermals wieder gerne mit dem guten Bewußtseyn bescheiden, das Uebel wenigstens wesentlich gemindert zu haben. Aus gleichem Grunde vermag ich auch in der Möglichkeit, daß vielleicht einmal eine Controverse der Aufmerksamkeit entschlüpfen könnte, einen erheblichen Einwand gegen meinen Vorschlag nicht zu erkennen. Daß die Entscheidung des concreten Falles durch das Plenum

Digitized by Google

eine Rechtsungleichheit erzeugen würde, ist nicht richtig; von einer solchen kann, sobald die Einrichtung gesetzlich bestimmt ist, nicht mehr die Rede seyn. Auch ist der Einwurf von keiner entscheidenden Wichtigkeit.

Wie das Uebel dadurch gehoben werden soll, daß die Senate jeweils in den Ausfertigungen genau bezeichnet werden ꝛc., will mir nicht klar werden.

Wie gegründet endlich die Schlußbemerkung sei, daß es uns an durchgreifenden Bestimmungen in diesem Punkte nicht fehle, zeigt am deutlichsten der Doppelfall selbst, welcher den Anlaß zu diesen Erörterungen gab und der (einzige) Staatsministerialbeschluß, welchen der Gegner anführte. Wenn wir so „umfassende und durchgreifende" Bestimmungen haben, wie kann denn dem Hofgerichte, dessen Mitglied der Hr. Verfasser ist, ein so auffallender Widerspruchsfall begegnen und wie können sich ähnliche Fälle beim obersten Gerichtshofe selbst wiederholen? Es wäre also bloße Vernachläßigung der bestehenden Anordnungen durch die Gerichtshöfe, welchen die Erscheinungen zuzuschreiben wären?? Ich bin geneigt, die Gerichtshöfe gegen diesen Vorwurf, einigermaßen wenigstens, in Schutz zu nehmen und die Ursache eher in der Mangelhaftigkeit der angeblich „durchgreifenden" Bestimmungen zu suchen, d. h. in dem Staatsministerialerlaß vom 31. Jul. 1833 und resp. dem Justizministerialbeschluß vom 13. Sept. 1833. Darnach soll, wenn solche Verschiedenheiten in den Entscheidungen der Senate sichtbar werden, eine Berathung des vollen Gerichtshofs veranlaßt werden, um über zweifelhafte Fragen eine Vereinigung zu erzielen; wo diese nicht möglich ist, soll eine authentische Interpretation in Antrag gebracht werden. Diese Lösung des Knotens scheint mir nicht die glücklichste zu seyn, wie eine nähere Prüfung leicht ergiebt. Daß namentlich im Falle der Nichtvereinigung eines Gerichtshofs, welcher Falle wohl der häufigste seyn würde, alsbald eine authentische Interpretation in Antrag gebracht werden soll, das heißt offenbar das Gesetzmachen etwas zu sehr begünstigen. Die Nichtvereinigung eines einzelnen Gerichtshofs über eine Controverse liefert noch lange keinen Beweis einer Gesetzesunvollständigkeit und somit des Bedürfnisses der Nachhilfe auf dem Weg der authentischen Interpretation. Ich komme unten hierauf zurück.

II. Nach diesen Bemerkungen bleibt mir auf den zweiten Angriff (Nr. 47) nur noch Weniges zu erwiedern übrig. Dieser Gegner hat meinem Vorschlag zwei Einwendungen entgegengesetzt. Der eine Einwand besteht darin, daß man mit meinem Vorschlag wieder auf die s. g. gemeinen Bescheide kommen würde. Dies scheint auf einem Mißverständniß zu beruhen. Die Ansicht ist meinem Vorschlag völlig fremd, und ganz unrichtig wird aus meinen Worten gefolgert, daß die Plenarentscheidung präjudizielle Wirkung für künftige Fälle haben solle. Daß ich zu einer solchen, durch L. R. S. 5 verbotenen Lehre mich nicht bekenne, liegt meines Erachtens deutlich in meinen Worten ausgedrückt: „bis eine ähnliche ꝛc." Dies will offenbar nichts anderes sagen, als: die Entscheidung einer Controverse durch das Plenum sichert für so lange die Gleichförmigkeit, bis in einem einzelnen Senate wiederholt eine davon verschiedene Majoritätsansicht sich zeigt, in welchem Fall immer die Entscheidung wieder dem Plenum zukäme. Hätte ich gesagt, die Plenarentscheidung solle für künftige Fälle die Richter binden, so hätte ich ja nicht von einer wiederholten ähnlichen Meinungsverschiedenheit eines Senats und einer abermaligen Verweisung an das Plenum sprechen können. Es wird kaum noch der Erläuterung bedürfen, daß damit die vollkommenste Urtheilsfreiheit des einzelnen Mitglieds vereinbar ist; jedes derselben kann ja auch freiwillig einer andern Ueberzeugung folgen. Der andere Einwurf: der Vorschlag sei unvereinbar mit einer Gerichtsordnung und Verfassung, wornach die Richter unmittelbar von den Parteien die Information schöpfen sollen, hängt damit zusammen und ist daher gleich irrig. Der Richter kann nach meinem Vorschlag gerade eben so wohl, als ohne denselben, seine Information von den Parteien schöpfen. Uebrigens erscheint diese Behauptung auch an sich in so weit unrichtig, als es sich um Rechtsansichten handelt, worin aber gerade die Controversen bestehen. Es wäre schlimm, wenn der Richter in Beziehung auf die Rechtsfragen, also die Auslegung des Gesetzes, seine Information lediglich von den Parteien erhalten müßte, wenn ich gleich gerne zugebe, daß er die Parteivorträge auch in dieser Hinsicht prüfend benutzen mag *).

Dem von mir vorgeschlagenen Ausweg wäre daher auch von dieser Seite kein Abtrag gethan, viel weniger erscheint er dadurch widerlegt.

Ich komme nun noch zur Prüfung des Vorschlags, durch welchen dieser Gegner dem von ihm vollkommen anerkannten Uebelstande abgeholfen wissen will. Gerne würde ich meinen Vorschlag zurücknehmen, wenn ich mich davon überzeugen könnte, daß der hier proponirte Ausweg angemessener sei. Dies vermag ich aber bei dem besten Willen nicht. Der Hr. Verfasser meint nämlich, wie er in der Vertheidigung gegen das von der Redaction erhobene Bedenken (Nr. 3. J. V.) sich näher erklärt, die Gesetzgebung

*) Den Parteien könnte freigestellt werden, die Kosten einer nochmaligen mündlichen Verhandlung durch Verzicht hierauf oder Uebergabe einer schriftlichen Ausführung über die Controverse zu verhüten. D. E.

Digitized by Google

solle in gewissen zum voraus bestimmten Zeitabschnitten das Gesetz oder einzelne Theile desselben revidiren und dann solche kontrovers gewordene Stellen authentisch interpretiren. Mir scheint gerade aus dieser versuchten Rechtfertigung, der Protestation des Verfassers ungeachtet, noch deutlicher zu erhellen, daß seinem Vorschlage das von der Red. erhobene Bedenken des zu viel Interpretirens entgegen stehe. Ich gestehe aufrichtig, daß ich die Ausführung dieses Vorschlags für sehr gefährlich halten würde. Dies kann meines Erachtens, besonders in kleinen Staaten, denen naturgemäß die reichen legislatorischen Elemente größerer Staaten nicht zu Gebote stehen, gar zu leicht zu unglücklichem Flickwerke führen. Wenn man auch der Besorgniß nicht Raum geben will, daß dann manchmal Gesetze oder Interpretationen erlassen werden könnten, damit etwas geschehen sei, so würde schon das Prinzip einer in bestimmten Epochen wiederkehrenden Revision eine allzuleichte Veranlassung und Versuchung, die Hand an noch nicht Reifes zu legen, darbieten. Ich war nie gemeint, auf dieses Mittel der Abhilfe zu verzichten; ich halte es aber für das äußerste Mittel, von dem nur dann Gebrauch gemacht werden soll, wenn alle andern fruchtlos erschöpft sind. Bedenkt man, wie oft die verschiedenartigen Entscheidungen nur in einer unrichtigen Anwendung von Gesetzen ihren Grund haben, über welche die geläuterte Doktrin keinen Zweifel kennt, so wird man zu einem Resultate gelangen, welches dem Vorschlage meines Gegners schwerlich günstig seyn möchte. Bei der von mir vorgeschlagenen Entscheidung durch das Plenum spricht vermöge der größern Summe der Einsicht die Vermuthung weit eher, als bei dem einzelnen Senate dafür, daß die Entscheidung die von der Doktrin anerkannte, richtigere Meinung zur Grundlage habe; und wenn dann eine Verschiedenheit der Ansicht dieses Gerichtshofs mit der von andern Gerichtshöfen sich erhebt, oder derselbe volle Gerichtshof verschiedenartige Entscheidungen ertheilt, alsdann liegen dem Gesetzgeber, besonders wenn ein solcher Zustand länger fortdauert und die verschiedenen Fälle eine erschöpfende Entwicklung der Gründe und Gegengründe zu Tag gefördert haben, zuverläßigere Wahrzeichen vor, die ihm andeuten, daß der Zeitpunkt für seine Wirksamkeit erschienen sei. In eine nähere Prüfung der einzelnen Gründe in der „Replik" meines Gegners auf die Red.Rote einzugehen, finde ich hier nicht nöthig; der Satz wird aber keinenfalls auch nur das Geringste zur Begründung des hier bestrittenen Vorschlags beitragen können, daß die Richter die Gesetze ändern und diese durch Anwendung und Doktrin zu andern werden. Die Gesetze bleiben dieselben, so lange der Gesetzgeber sie nicht ändert; nur die Ansichten der Ausleger und anwendenden Richter über dieselben ändern sich. Zum Schlusse darf nicht unbemerkt bleiben, daß das vom Gegner vorgeschlagene Hülfsmittel, abgesehen von seiner gefährlichen Seite, auch nicht als ein wirkliches Bedürfniß angesehen werden kann, weil, was durch dasselbe Gutes möglicherweise zu erzielen wäre, schon durch unsere Verfassung hinreichend möglich gemacht ist. Alle zwei Jahre kann auf dem Wege der Motion und der Vorlage der Regierung eine authentische Interpretation herbeigeführt werden; und wo das Abwarten des Landtags wegen Dringendheit eines Falls mit erheblichen Nachtheilen verbunden wäre, da stünde noch das Auskunftsmittel eines provisorischen Gesetzes zu Gebot. Jede überflüssige Anstalt in der Staatsverwaltung ist ein Uebel.

Zentner.

II.

Bemerkungen über die §§. 1175 bis 1177 der Prozeßordnung.

Der §. 1175 der Prozeßordnung enthält die Fälle, in welchen die Appellation ohne Rücksicht auf die Appellationssumme Statt findet. Man kann hier vier Gattungen solcher Fälle unterscheiden.

1) Solche, wo unheilbare Nichtigkeiten im Sinne des gemeinen Rechts vorhanden sind. Hieher gehören die Erkenntnisse, wodurch verzögerliche, vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens hergenommene Einreden verworfen werden (§. 1175, Nr. 2).

2) Die Fälle heilbarer Nichtigkeiten. Hieher gehören die Nrn. 3, 4, und 5 des §. 1175.

3) Erkenntnisse, wo der Streitgegenstand keiner bestimmten Schätzung fähig ist, §. 1175, Nr. 6 und 7.

4) Appellationen gegen Verfügungen oder Entscheidungen über Zwischenpunkte (§. 1175, Nr. 1, 2 und 8).

Ad. 1. stimmt die Erlassung der Appellationssumme sowohl mit dem gemeinen als früheren badischen Rechte überein, auch läßt sich gegen die Devolution der Sache an den höheren Richter in sofern nichts erinnern, als die unheilbare Nichtigkeit in Form einer verzögerlichen Einrede geltend gemacht und derselben vom Richter erster Instanz nicht abgeholfen wird. Allein der Richter kann auch wesentliche Vorschriften des Verfahrens verletzen, ohne daß deshalb eine verzögerliche Einrede aufgestellt wird, und wenn er nun ohne Beseitigung dieses Mangels ein Erkenntniß in der Hauptsache giebt, so kann dagegen ohne Zweifel eben so gut ohne Rücksicht auf die Summe appellirt werden. In diesem Fall würde aber eine Beschwerde bei dem nämlichen Richter genügen und es ist

Digitized by Google

widersprechend, wenn die Prozeßordnung (§. 1251 bis 1253) dieses in dem Fall annimmt, wenn die Nichtigkeit in der Form der Wiederherstellungsklage geltend gemacht wird, weil hier und dort über eine Frage zu entscheiden ist, worüber der Richter erster Instanz ausdrücklich noch nicht erkannt hat.

Ad. 2. hat die Prozeßordnung das frühere Recht abgeändert und namentlich eine Appellation ohne Rücksicht auf Summe gegen jedes Uetheil gestattet, wenn in dem vorausgegangenen Verfahren irgend eine, wenn auch zur Rechtsbeständigkeit nicht wesentliche Vorschrift des Gesetzes verletzt worden ist (§. 1175 Nr. 3). Nur dieses, nämlich die erwiesene Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift des Verfahrens und die Behauptung der Partei, daß durch diese Verletzung das beschwerende Urtheil herbeigeführt worden sei, gehört zur Begründung der Statthaftigkeit der Appellation, die Prüfung der letzteren Behauptung aber, oder die Frage, ob die Partei durch die Verletzung der prozessualischen Vorschrift auch materiell beschwert worden sei, gehört zu den Materialien, und das Appellationsgericht hat zu diesem Behuf den Formmangel des Unterrichters zu verbessern und nach dem Ergebniß das Urtheil in der Hauptsache zu erlassen (Prozeßordnung §. 1224).

Auch hier würde übrigens eine Beschwerde bei dem nämlichen Richter statt der Appellation genügen, so oft keine Einsprache der Partei gegen die Verletzung der prozessualischen Vorschrift vorausgegangen und vom Richter verworfen worden ist.

Die Fälle ad. 1. unterscheiden sich übrigens von denen es §. 1175, Nr. 3 in der Behandlung dadurch wesentlich, daß dort die Verletzung der gesetzlichen Vorschrift des Verfahrens den unmittelbaren, hier aber nur den mittelbaren Gegenstand der Beschwerde bildet. Dort genügt die Behauptung, daß eine zum Rechtsbestand des Verfahrens wesentliche Vorschrift verletzt sei, um der Appellation ohne Rücksicht auf Summe Eingang zu verschaffen und die Nachweisung der wirklichen Verletzung gehört zu den Materialien, hier gehört die Nachweisung der wirklichen Verletzung der gesetzlichen Vorschrift zu den Formalien der Appellation, und die Verhandlung der letztern hat sich nicht darüber, sondern über den Zusammenhang des formellen Mangels mit der Entscheidung in der Hauptsache zu verbreiten.

Dort erkennt das Appellationsgericht lediglich über die behauptete Nichtigkeit als solche, kassirt oder bestätigt hier nach das erste Urtheil, hier ist die erwiesene Nichtigkeit nur das Mittel, um der Appellation Eingang zu verschaffen und das Appellationsgericht erkennt nach dem Ergebniß des verbesserten Verfahrens nicht über die Nichtigkeit als solche, sondern über deren Einfluß auf das materielle Recht und hiernach wird das Urtheil in der Hauptsache bestätigt oder abgeändert.

Hier ist auch eine Remission der Hauptsache an den ersten Richter unbedingt ausgeschlossen, in den Fällen ad. 1. aber muß sie nicht nur alsdann erfolgen, wenn der Unterrichter in der Hauptsache noch nicht erkannt hat, sondern auch, wenn der Unterrichter in der Hauptsache erkannt *), in dem vorausgegangenen Verfahren aber eine wesentliche Vorschrift verletzt hat und der Appellant wegen dieser Verletzung Beschwerde erhebt, welche begründet erfunden wird. Ist z. B. der Beklagte ohne Gehör, oder ohne Rücksicht auf die von ihm vorgeschützte Einrede des unzuständigen Richters in der Hauptsache verurtheilt worden, so ist derselbe ohne Zweifel befugt, auch beim Mangel der Appellationssumme wegen Verletzung absolut wesentlicher Prozeßvorschriften und ohne Rücksicht auf die Entscheidung der Hauptsache zu appelliren und das Appellationsgericht hat, wenn die Beschwerde gegründet ist, über die Haupt-

*) Wenn sich die Fälle ad 1., wie sie oben im Eingange dargestellt sind, nur auf die Bestimmung des §. 1175 Nr. 2, namentlich nur auf solche Erkenntnisse beziehen, durch welche verzögerliche, vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens hergenommene Einreden verworfen werden — so kommt es dabei nicht vor, daß der Unterrichter schon in der Hauptsache erkannt habe, da über die gedachten Einreden nach §. 301 vor der weitern Verhandlung in der Hauptsache ein besonderes Erkenntniß gegeben wird, gegen welches in dem erwähnten Falle nach §. 302 die Appellation sogleich Statt findet.

Ueberhaupt scheint mir aber, daß man die erwähnte Bestimmung des §. 1175, Nr. 2 der Bestimmung des §. 1175 Nr. 3 nicht in der Art gegenüberstellen könne, daß die Erstere auf unheilbare Nichtigkeiten und die Letztere auf heilbare Nichtigkeiten bezogen werde.

Es spricht vielmehr Nr. 3 von Beschwerden wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens ohne alle Unterscheidung zwischen heilbaren und unheilbaren Fällen, und Nr. 2 spricht gar nicht von blos verletzten Vorschriften des Verfahrens, sondern von Erkenntnissen über Einreden, die sich auf unheilbare Nichtigkeiten beziehen, oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, „welche vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens hergenommen sind."

Handelt es sich nun um eine Appellation gegen Erkenntnisse über solche Einreden, so kann das Appellationsgericht in der Hauptsache nichts entscheiden, weil diese kein Gegenstand des angefochtenen unterrichterlichen Erkenntnisses ist.

Handelt es sich aber um eine Appellation gegen ein Enderkenntniß, weil diesem die Verletzung einer wesentlichen Vorschrift des Verfahrens vorausgieng, so ist nicht der Fall des §. 1175, Nr. 2, sondern der Fall des §. 1175, Nr. 3 vorhanden, und es kann, da einmal ein Endurtheil angefochten ist, in Bezug auf die Remission nach §. 1223 u. 1224 keinen Unterschied machen, ob die verletzte Vorschrift des Verfahrens eine wesentliche oder eine unwesentliche sei. D. R.

Digitized by Google

sache nicht selbst zu verhandeln und zu entscheiden, sondern dieses dem geeigneten Richter erster Instanz zu überlassen *). Dieß folgt auch aus §. 1176 der Prozeßordnung, wornach beim Mangel der Appellationssumme in der Hauptsache gar nicht, sondern nur wegen der unterlaufenen Nichtigkeit appellirt werden kann **). (Vergl. den Aufsatz II. in Nr. 1. der Annalen dieses Jahrgangs).

Ein fernerer Unterschied zwischen den Fällen ad. 1. und denen des §. 1175, Nr. 3 möchte auch darin bestehen, daß dort Nova in zweiter Instanz nach der Regel des §. 1221 ohne Anstand zulässig sind. Bei den Appellationen des §. 1175 Nr. 3 steht aber der Zulassung von Neuheiten entgegen, daß die Verletzung prozessualischer Vorschriften das Mittel ist, um der Appellation Eingang zu verschaffen und daß das Appellationsgericht angewiesen ist, den Grund der Beschwerden lediglich nach dem Ergebniß der verbesserten Prozeßhandlung zu prüfen, woraus denn folgen dürfte, daß neue Thatsachen und Beweise hier nicht in Betracht kommen können, was auch dem gemeinrechtlichen Verfahren bei heilbaren Nichtigkeiten und dem §. 170 der früheren Obergerichtsordnung gemäß ist.

Der §. 1175 Nr. 4 läßt eine Appellation ferner ohne Rücksicht auf Summe zu, wenn das beschwerende Urtheil auf einen unwahren in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatz gebaut ist. Zur Statthaftigkeit der Appellation gehören hier zwei erwiesene Voraussetzungen, nämlich das ausdrückliche Anführen des unwahren Rechtssatzes in den Entscheidungsgründen und der Zusammenhang desselben mit der Entscheidung der Hauptsache. Es genügt also keineswegs die bloße Behauptung, daß ein in den Entscheidungsgründen angeführter Rechtssatz unwahr sei, um der Appellation Eingang zu verschaffen, sondern diese Behauptung sowohl, als der Zusammenhang der Entscheidung mit derselben muß vor Zulassung der Appellation richtig gestellt seyn. Das Appellationsgericht hat übrigens wie in dem vorigen Fall (§. 1175 Nr. 3) nicht über die vorgeschützte Nichtigkeit als solche, sondern über die Rechtmäßigkeit des ersten Urtheils aus materiellen Gründen zu entscheiden. Es kann daher das Urtheil erster Instanz aus andern als den unterrichterlichen Entscheidungsgründen dennoch bestätigt werden, und dieser Umstand spricht evident gegen die Zweckmäßigkeit eines solchen, auf einen bloß äußerlichen Umstand gegründeten Rechtsmittels. Neuheiten werden hier eben so wenig wie in dem vorigen Fall zulässig seyn, weil die Nichtigkeit nicht Gegenstand, sondern Mittel der Appellation ist.

Der §. 1175, Nr. 5 gestattet endlich eine unbeschränkte Appellation gegen Urtheile, welche einer Partei mehr, als sie begehrt hat, zuerkennen. Diese Appellation hat mit den Nrn. 3 und 4 des §. 1175 nur den Begriff der heilbaren Nichtigkeit gemein, weil sie nicht gegen Verletzung absolut wesentlicher Bedingungen des Verfahrens, sondern nur eines positiven Grundsatzes, nämlich der sogenannten Verhandlungsmaxime, gerichtet ist. Das Verfahren ist aber hier das gleiche wie in den Fällen ad 1., weil die Nichtigkeit nicht bloß das Mittel, sondern auch der Gegenstand der Appellation ist. Die bloße Behauptung, daß ultra petitum erkannt sei, genügt daher, um der Appellation Eingang zu verschaffen, und die Verhandlung der letzteren erstreckt sich bloß über die Nichtigkeit dieser Behauptung. Ist diese gegründet, so hat das Appellationsgericht das erste Urtheil lediglich aufzuheben, ohne in der Sache selbst zu erkennen *). Dies folgt auch hier schon aus §. 1176 der Prozeßordnung, weil sich die Appellation beim Mangel der Summe nicht über die Hauptsache verbreiten darf. Uebrigens könnte auch diese Nichtigkeit füglich bei dem nämlichen Richter angebracht werden, nur

*) Wurde die Einrede des unzuständigen Richters verworfen, so hatte dieses Erkenntniß dem Erkenntnisse in der Hauptsache vorauszugehen. Es versteht sich also, daß auch der Oberrichter sich auf die Hauptsache noch nicht einlassen, sondern nur das Erkenntniß über die erwähnte Einrede bestätigen oder abändern darf.

Was aber den andern Fall betrifft, da der Beklagte ohne Gehör verurtheilt wurde, so läßt er sich unter die Bestimmung des §. 1175, Nr. 2 nicht subsummiren, sondern er gehört unter die Fälle Nr. 3 und es gibt keinen Grund, warum hier gegen die Vorschrift der §§. 1223 u. 1224 eine Remission eher zulässig seyn sollte, als wenn die verletzte Vorschrift des Verfahrens weniger wesentlich, als die Versagung des Gehörs, wäre. D. R.

**) Die Appellation wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens ist, wenn die Summe fehlt, nach §. 1176 allerdings auf die Ausführung und Beurtheilung der auf die Verletzung der Vorschriften des Verfahrens gegründeten Beschwerde beschränkt; allein die Beurtheilung dieser Beschwerde involvirt auch eine Beurtheilung der Hauptsache, so weit solche wegen Begründung jener Beschwerde sich anders gestaltet. In so weit Letzteres der Fall ist, muß daher auch der Oberrichter nach §. 1223 u. 1224 ohne Remission in der Hauptsache reformiren und im §. 1176 liegt kein Grund zu einer Remission. In so weit aber das Urtheil von jener Beschwerde unabhängig ist, bleibt es, da die Appellation bei mangelnder Summe sich hierauf nicht erstrecken darf, aufrecht, ohne daß auch in dieser Hinsicht es einer Remission bedürfte. D. R.

*) Es hat das Urtheil, in so weit es ultra petitum erkannte, aufzuheben und hinsichtlich des übrigen, dem Petitum entsprechenden Theils des Erkenntnisses findet die Appellation bei mangelnder Summe nach §. 1176 gar nicht Statt. Hinsichtlich dieses letztern, aufrecht bleibenden Theils des Urtheils, ist also ein Gegen-

Digitized by Google

kann von Neuheiten keine Rede seyn, weil hier eine actenmäßige Thatsache das Mittel und den Gegenstand der Appellation bildet.

Ad. 3. läßt sich nichts dagegen erinnern, wenn die Prozeßordnung die persönliche Freiheit und den bürgerlichen Rechtsstand für unschätzbare Güter erklärt, und deshalb eine Appellation und Oberappellation hier ohne Beschränkung zuläßt (Prozeßordnung §. 1175, Nr. 6 u. 7. 1177).

Ad 4. Das meiste Bedenken erregen die von der Prozeßordnung in §. 1175, Nr. 1, 2 und 8 mit so viel Gunst zugelassenen Appellationen gegen Zwischenurtheile. Wenn schon überhaupt die Zweckmäßigkeit solcher Appellationen vor dem Endurtheil gerechten Zweifeln unterliegt, so läßt sich in der That kein hinreichender Grund einsehen, warum solche Appellationen auch noch durch die Erlassung der Appellationssumme besonders begünstigt werden sollen *). Bei unheilbaren Nichtigkeiten läßt sich diese Gunst wohl rechtfertigen, und wenn man wegen heilbarer Nichtigkeiten eine Appellation gegen Endurtheile ohne Rücksicht auf Summe zuläßt, so muß man solche konsequenter Weise auch gegen Zwischenverfügungen alsdann gestatten, wenn der Nichtigkeit später nicht mehr abzuhelfen wäre, also wenn der Partei durch die Art der angeordneten Vornahme der Prozeßhandlung ein unabwendbarer Nachtheil zugehen würde (§. 1175, Nr. 2, vergl. mit §. 391). Im Uebrigen ist aber nicht einzusehen, warum die richterlichen Entscheidungen über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Ladung auf die Klage oder der vorgeschlagenen Beweismittel ohne Rücksicht auf Summe appellabel seyn sollen, während das Urtheil in der Hauptsache beim Mangel der Summe sofort rechtskräftig wird, der Richter also bei der weniger bedeutenden Entscheidung einer höheren Instanz unterworfen, bei der Entscheidung der Hauptsache aber ganz unbeschränkt ist. Unter den Begriff der Nichtigkeiten lassen sich aber die genannten Zwischenentscheidungen gewiß nicht bringen, und selbst alsdann stünde die alsbaldige Appellation mit der Bestimmung des §. 1175, Nr. 3 im Widerspruch.

Nach §. 1175, Nr. 8 kann zwar gegen Erkenntnisse über Zulassung zum Widerruf nur mit der Haupsache appellirt werden, allein da dieses Erkenntniß vorzüglich von der Erheblichkeit der angefochtenen Thatsachen abhängt (Prozeßordnung §. 151), so läßt sich auch hier nicht begreifen, warum gegen diesen Punkt, nicht aber wegen der Hauptsache eine Appellation ohne Rücksicht auf Summe zuläßig seyn soll.

Uebrigens muß hier, wenn das Obergericht abändernd erkennt, die Hauptsache an den ersten Richter remittirt werden, weil über diese ohne das Daseyn der Appellationssumme gar nicht appellirt werden kann *). (Prozeßordnung §. 1176).

Der §. 1176 der Prozeßordnung steht in sofern mit dem §. 1223 im Widerspruch, als es nach dem ersteren Falle giebt, wo gegen wahre Endurtheile appellirt wird und das Appellationsgericht doch kein Endurtheil zu erlassen, sondern die Hauptsache an den ersten Richter zu remittiren hat, nämlich alle diejenigen Fälle, wo die Hauptsache selbst nicht Gegenstand der Appellation ist und zum Vortheil des Appellanten erkannt wird.

Der §. 1177 der Prozeßordnung stellt die Regel auf, daß gegen das bestätigende oder abändernde Appellationsurtheil in den Fällen des §. 1175 beim Mangel der Summe keine Oberappellation Statt finde.

Als Ausnahme sind die Nrn. 6 und 7 angegeben (wovon oben ad 8 die Rede war) und die Nr. 3, wenn der Grund der Beschwerde in vom Appellationsgericht selbst verletzten Vorschriften des Verfahrens besteht. Diese Ausnahme beruht darauf, daß erst in der Appellationsinstanz die Beschwerde zugefügt wird (vergl. die Motive), allein aus demselben Grunde hätte die Oberappellation ohne Rücksicht auf Summe auch alsdann folgerichtig zugelassen werden sollen, wenn in der Appellationsinstanz neue, vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens hergenommene Einreden vorgeschützt und verworfen werden, oder wenn das Appellationsurtheil auf unwahre Rechtssätze gebaut ist, oder dem Appellanten mehr, als er begehrt hat, zuerkennt, oder wenn über den Widerruf von in der Appellationsinstanz vorgetragenen neuen Thatsachen erkannt wird. Man wird zwar sagen, daß in den genannten Fällen weder ein bestätigendes noch abänderndes Appellationsurtheil in Beziehung auf die fragliche Beschwerde vorliege, allein einmal enthält das Gesetz diese Beschränkung nicht und fürs andere läßt sich das Nämliche gegen die Ausnahme in dem Fall der Nr. 3 des §. 1175 einwenden, und doch hat das Gesetz diese ausdrücklich angeführt, das Gleiche hätte daher offenbar auch für die übrigen Fälle geschehen sollen, wo das Appellationsgericht in Bezug auf die Oberappellationsbeschwerde als erste Instanz erscheint. —

Haaß.

---

stand zur Remission nicht vorhanden und eben so wenig hinsichtlich des Aufgehobenen, indem über dasjenige, was ultra petitum gieng, gar keine weitere Verhandlung Statt findet, außer etwa auf eine neue Klage hin. D. R.

*) Sehr wahr! D. R.

*) M. s. dagegen die obige Note S. 115. **). D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 20. | Karlsruhe den 20. Mai 1837.

I.

Zu der Mittheilung II. Annalen 1835, Nr. 29; über die Auslegung der §§. 251, 673 Nr. 2 und 1206 der Prozeßordnung.

In der angeführten Mittheilung ist gegen eine Entscheidung der Majorität des mittelrheinischen Hofgerichts die Meinung geltend gemacht, daß nicht die Summe mehrerer Ansprüche, sondern der Betrag jedes einzelnen Anspruchs entscheide, ob derselbe im ordentlichen oder abgekürzten Verfahren behandelt werden solle.

Die Gründe, welche dort für diese Meinung und die Gründe, welche gegen die Ansicht der Majorität geltend gemacht wurden, haben jedoch mich nicht überzeugt.

Das erste Gegenargument (S. 171 unten) vernichtet das Argument der Majorität — so schwach dieses an sich auch ist — keineswegs, denn nimmermehr will sie behaupten, daß, wenn die Cumulation geschehen, dann auch noch in der nämlichen Prozedur zweierlei Verfahren zulässig seyn sollen.

Das zweite, gegen die Zulässigkeit der Analogie des §. 1174 Nr. 4 — oder vielmehr gegen die Statthaftigkeit der Ansicht der Majorität überhaupt gerichtete Argument lautet wie folgt:

Wenn eine Computation in appellatorio nicht Statt findet, so muß sie auch in der ersten Instanz verworfen werden; der §. 1207 spricht aber in seiner Verbindung mit §. 1206 der Prozeßordnung aus, daß eine solche Computation in appellatorio nicht Statt habe, also findet sie auch in der ersten Instanz nicht Statt.

Gegen die formale Richtigkeit dieses Schlusses läßt sich gewiß nichts erinnern, desto mehr aber gegen die Wahrheit des Untersatzes.

Der §. 1207 soll in seiner Verbindung mit dem §. 1206 „offenbar nur von dem Fall ausgehen, wo verschiedene Forderungen einer Art in einer Klage vorgebracht wurden, und nun durch theilweise Abweisung einer Forderung für sie nicht mehr die Summe des gewöhnlichen Appellationsverfahrens, sondern nur noch die des abgekürzten, vorhanden ist ... da nun aber auch für diesen Fall die Appellationsverhandlung eine Ungleichartigkeit des Prozeßganges festsetze, so halte er auch in appellatorio die Regel des §. 251 fest, daß wo eine Ungleichartigkeit bestehe, die Trennung geschehen müsse."

Allein, obschon der §. 1207 unbestritten den Fall voraussetzt, daß von einer und derselben Partei verschiedenartige Appellationen geltend gemacht werden, so läßt sich doch der für die gegentheilige Ausführung unerläßliche Satz, daß er nur den oben angeführten Fall vor Augen habe, nicht einmal wahrscheinlich machen, viel weniger streng beweisen.

Streng beweisen läßt sich der Satz deßhalb nicht, weil auch noch in andern Fällen eine Verschiedenartigkeit zusammentreffender Appellationen in der nämlichen Sache denkbar ist, z. B. wenn in der einen Klage ein Endurtheil, in der andern cumilirten eine appellable Zwischenverfügung ergangen ist, oder wenn mit dem Urtheil in der Hauptsache zugleich ein Urtheil in einer — sei es nun in den Schriften des Hauptverfahrens, oder in gesonderten Schriften (§. 673 Nr. 1) — mit verhandelten Nebensache ergangen wäre, und weil der §. 1207 nicht sagt, in welchen Fällen verschiedenartige Appellationen eintreten, sondern nur daß, wenn sie eintreten, sie auf die vorgeschriebene Weise behandelt werden sollen.

Allein es ist auch nicht einmal wahrscheinlich, daß der §. 1207 die Fälle, welche die Minorität unterstellt, im Auge gehabt habe; und zwar erstens, weil genug Gründe dafür vorhanden sind, daß das Gesetz an diese Fälle nicht gedacht habe, und zum andern, weil Gründe vorliegen, welche vermuthen lassen, daß es an ganz andere Fälle gedacht habe. Es erhellt nämlich theils aus v. Weilers Motiven S. 118, theils daraus, daß das Gesetz nur eine Appellationssumme erfordert, daß es keine Distinction zwischen den verschiedenen Beträgen der Beschwerdesummen bezüglich auf davon abhängige

Digitized by Google

Modificationen des Verfahrens enthält, daß es einen besondern Namen für die eine und andere Art des Verfahrens sichtlich und sorgfältig vermeidet (cf. §. 1206, 1217, 1226), daß es nirgends eine Aenderung des Verfahrens durch den Betrag der Beschwerdesumme ausdrücklich *) bestimmt, aus allem dem erhellt, daß man bei der Redaction des §. 1206 die gemeinten Fälle nicht im Auge hätte, und daß, wenn der Betrag der Beschwerdesumme bewirken soll, daß eine in erster Instanz im ordentlichen Verfahren behandelte Sache in appellatorio das ordentliche Verfahren verlasse und in das summarische übertrete, dieses Resultat nicht aus dem Wortlaut des §. 1206, sondern nur aus einer ausdehnenden Interpretation des §. 673 Nr. 2 nach seinem Grund, also durch eine dem Gesetz gänzlich fremde, dem Richter überlassene künstliche Operation, gewonnen werden könnte.

Zum Andern ist es evident, daß der §. 1206 eine scharf ausgesprochene Distinction zwischen den einzelnen Arten der Appellationen mit abgekürzten Fristen enthält — er sagt: die Appellation mit abgekürzten Fristen findet Statt überhaupt bei allen summarischen Sachen, aber außerdem auch bei Beschwerden gegen Zwischen- oder Nebenurtheile. Es lag nun doch gewiß näher, im §. 1207 die unmittelbar zuvor markirte Distinction in ihrer Wirkung auf die Prozedur zu betrachten und zu bestimmen, als einen Fall hierher zu ziehen, der überall übergangen ist. Weil man nun selten an heterogene Dinge zugleich denkt, so ist es wahrscheinlicher, daß das Gesetz nur an die Appellationen gegen Zwischen- und Nebenurtheile gedacht habe, als das Umgekehrte.

Uebrigens dürften gerade die von der Minorität angezogenen Fälle die Majorität zu einem argum. ab absurdo veranlassen, und die Zweckmäßigkeit der Computation ins schönste Licht stellen: Statuirt man nämlich mit der Minorität einerseits eine Modification des Verfahrens beim Uebertritt ins Appellatorium je nach dem Betrag der Beschwerdesumme, und behauptet man anderseits die Unzulässigkeit der Computation in appellatorio, so ist gerade damit der einzig zulässige Grund der ersten Behauptung für eine sehr große Zahl von Fällen — aufgehoben.

Da das Gesetz nämlich ausdrücklich nicht sagt, daß das Verfahren sich nach der Beschwerdesumme richte, so kann dieser Satz, wie gesagt, nur durch eine logische Ausdehnung des §. 673 Nr. 2, und zwar nur wegen der Gleichheit des Grundes gewonnen werden. Der Grund des §. 673 Nr. 2 ist aber kein anderer, als daß eine kleine Streitsumme mit dem Kosten- und Zeitaufwand der Entscheidung im Verhältniß stehen müsse. Wie stünde es aber mit der Gleichheit des Grundes, wenn in den von der Minorität unterstellten Fällen, gerade deshalb, weil nicht computirt werden darf, doppelte Arrhen, doppelte Schriftsätze, doppelte Sporteln für Decrete Statt fänden, wenn die summarische Sache entweder auf die ordentliche warten, oder ihre gesonderte Verhandlung in öffentlicher Sitzung und Entscheidung noch weite Kosten außer den erwähnten verursachen würde?

Nur unter der Voraussetzung der Statthaftigkeit der Computation würde die Beschwerdsumme die Modalität des Verfahrens vernünftiger Weise bedingen können, wenn ihr ein solcher Einfluß überhaupt beigelegt werden kann. *)

Das Gegenargument aus §. 1206 und 1207 der Prozeßordnung ist also nicht von Gewicht. Kann man in erster Instanz computiren, so kann man es auch in appellatorio. Ist die Computation erlaubt, so kann, was den Einfluß der Beschwerdesumme anbelangt, eine Verschiedenheit unter den einzelnen Beschwerdepunkten rücksichtlich des Verfahrens gar nicht Statt finden, und der §. 1207 auf diese Fälle gar nicht bezogen werden. Die gegentheilige Deduction stützt sich auf eine petitio medii, auf den unerwiesenen Satz, daß man in appellatorio nicht computiren dürfe. Das Gebiet der untern Instanz ist der Kampfplatz, auf welchem die Frage entschieden werden muß. Noch viel weniger Gewicht scheint mir das Argument aus §. 314 — 316 der Prozeßordnung zu haben,

*) Der §. 1206 sagt hierüber ausdrücklich nichts. Das Wort „Fälle" in der fünften Zeile, wird wohl, wie in der ersten Zeile dieses §., so viel als „Prozesse", „zur Entscheidung vorliegende concrete Rechtsstreitigkeiten" heißen; wollte man aber auch das Wort so verstehen, wie es im §. 672 princ. verstanden werden muß, nämlich in der Bedeutung: „Voraussetzungen," so wäre gleichwohl in diesem §. 1206 nur hinsichtlich der Fristen, keineswegs auch hinsichtlich der Modalität des Verfahrens eine Bestimmung getroffen. Schon deshalb konnte der §. 1206 nicht die Absicht haben, das Verfahren normiren zu wollen, weil er ja die verschiedenartigsten Verfahren unter sich begreift und nicht angenommen werden kann, daß er in appellatorio cavaliérement Alles über einen Kamm geschoren wissen wolle.

K.

*) Die Praxis ist entschieden dafür. Dennoch lassen sich mindestens sehr viele und nicht unbegründete Zweifel dagegen erheben. Einfacher, legislativ betrachtet und nur in seltenen Fällen auf den Kostenpunkt influirend, wäre gewiß das Axiom: wie das Verfahren in erster Instanz war, so bleibt es *in appellatorio*. — Wo viel zu distinguiren ist, ist dem Irrthum ein großes Feld eingeräumt; Nachtheile werden nicht ausbleiben. — Wozu verschiedenartige Appellationen in derselben Sache, für den Kläger eine andere, als für den Beklagten? Wie ist das Verfahren im Falle des Anschlusses? — accessorium sequiturne et hic principale?

K.

Digitized by Google

obwohl ich mir das S. 170 und 173 cit. zu Gunsten der Computation Gesagte nicht aneignen möchte. — Es findet nämlich zwischen dem Verhältniß der einzelnen cumulirten Klagtheile untereinander und dem Verhältniß der Widerklage zur Vorklage keine Analogie Statt. Bei der Cumulation wird addirt, bei der Widerklage subtrahirt; die einzelnen Klagtheile sind integrirende Theile der Klage, sie können als solche nicht selbstständig gedacht werden. — Die Widerklage dagegen ist kein Theil der Klage, sie ist so gut selbstständig wie die Klage, und, was die Hauptsache ist, die Klage — als, der Zeit nach, früherer gerichtlicher Act — bestimmt die Art der Prozedur, die Widerklage aber findet schon etwas Gegebenes.

Ueberhaupt könnte dieses Gegenargument nur dann beweisen, wenn die Majorität hätte behaupten wollen, daß, trotz der Cumulation, verschiedene Prozeduren neben einander Statt finden könnten, was sie aber nicht gethan hat.

Ich halte die Abstimmung der Majorität für richtig und zwar aus folgenden Gründen:

1) Die ratio legis erfordert es, daß nicht der Betrag der einzelnen cumulirten Klagtheile, sondern die Summe aller zusammen die Natur der Prozedur bestimme; die ratio legis des §. 673 Nr. 2 ist, daß für unbedeutenden Werth nicht unverhältnißmäßig viel Kosten und Zeit aufgewendet werde; weiter geht der Grund des Gesetzes nicht; es ist daher gleichgültig, ob eine einzelne Forderung, oder mehrere zusammen die Summe ergeben, bei welcher der Grund nicht mehr anschlägt, denn die Summe ist hier wie dort vorhanden und doch ist es ja nichts anderes, als nur die Summe, welche die Frage des Verfahrens entscheiden soll. Eine strenge Consequenz zwischen dem Motiv und dem Ausspruch — dem Willen des Gesetzgebers — bestimmt also auch dahin die Absicht des Gesetzgebers, und verbietet jede andere Auslegung, so lange die der Majorität bestehen kann. Mit Recht berief sich die Majorität, um die Statthaftigkeit dieser Interpretation aus einem andern Falle des Gesetzes darzuthun, auf den §. 1174 der Prozeßordnung, und mit Unrecht hielt man dieser Appellation an das Gesetz selbst entgegen, daß dort nicht von der Art des Verfahrens die Rede sei: Allerdings nicht; wenn man aber den L. R. S. 4a. so verstehen will, daß ein Gesetz nach seinem Grund nur dann einer Ausdehnung *) fähig sei, wenn darin auch wirklich wörtlich enthalten ist, was gesucht wird, so darf man ihn unbedenklich streichen. Offenbar liegt dem §. 1174 Nr. 4 die allgemeine *) Regel zu Grund: wo eine Summe nur als solche erfordert wird, ist die Summe des ganzen Rechtsstreits gemeint, und dann paßt die Regel so gut auf die Appellation, wie auf das Verfahren, denn beide sind — wenn gleich ganz verschiedene Dinge — doch, so weit sie hier in Betracht kommen, durchaus das Nämliche — das durch eine gewisse Summe Bedingte.

Die ratio legis des §. 673 Nr. 2, erfordert also eine Interpretation, wonach im §. 673 unter Streitgegenstand die Summe des ganzen Streits verstanden würde und das Beispiel des §. 1174 Nr. 4 rechtfertigt diese Methode der Interpretation für diesen Fall noch besonders.

Dieses Ergebniß ist nicht minder zuverläßig, als das Wort des Gesetzes selbst, und es ist also gerade so viel, als ob das Gesetz ausgesprochen hätte, „unter Streitgegenstand verstehe ich die Summe des ganzen Rechtsstreits."

2) Die Interpretationsregel, daß Ausnahmen von der Regel, Singularitäten, im Zweifel nicht anzunehmen seien, führt zum nämlichen Resultat: der §. 251 enthält als Regel, daß man cumuliren dürfe; das Verbot, in gewissen Fällen zu cumuliren, enthält die Ausnahmen; um nun hier eine Ausnahme zu duziren, kann man sich auf den §. 673 Nr. 2 nicht berufen, denn das muß selbst die Minorität zugeben, daß diese Gesetzesstelle wörtlich nicht entscheide, ob der Betrag der ganzen Streitigkeit, oder der einzelnen Streitposten das Verfahren bestimme und daß er das eine so gut als das andere — seinem Wortlaut nach — ausdrücken kann. Es muß also, da ein Ausnahmsfall nicht nachgewiesen werden kann, die Regel eintreten.

Aber nicht nur die Regel des §. 251, sondern auch die Regel des ordentlichen Verfahrens, von welcher das summarische — wenn auch nicht statistisch, doch gesetzlich betrachtet — eine Ausnahme ist, erfordert diese Interpretation.

3) Der Wortlaut des §. 673 ist der einen Ansicht so günstig wie der andern; eher noch könnte man aus der

*) Uebrigens muß zu Gunsten der hier angewendeten Interpretation aus dem §. 673 Nr. 2 der Prozeßordnung erinnert werden, daß die ratio dieses §. seinen Wortlaut nicht corrigirt, sondern nur bestimmt — Interpret. declarativa. K.

*) Wäre §. 1174 eine Singularität, so könnte er freilich hier nicht als Argument benutzt werden, jedoch ohne der Sache selbst dadurch Eintrag zu thun, weil die ratio legis im §. 673 Nr. 2 an sich klar genug ist und keiner weitern Unterstützung bedarf. Uebrigens wäre es gewiß schwer nachzuweisen, daß der Satz singulär sei, weil das Gesetz, um den viel kostspieligern Aufwand der Appellation und eine Verlängerung des Haders zu verhindern, es gewiß strenger mit der Appellationssumme zu nehmen hatte, als mit der Scheidesumme des Verfahrens.

Daß der Unterschied zwischen §. 673 Nr. 2 und §. 1174 Nr. 2 rücksichtlich der Zinse nichts entscheide, ist nicht zu bezweifeln. K.

Digitized by Google

Unbestimmtheit des Wortes „Streitigkeit" zu Gunsten der Majorität folgern, daß das Gesetz, gerade um den weitern Umfang seines Ausspruchs anzudeuten, absichtlich dieses Wort gewählt habe.

Geht man nun bei der blos grammatischen Interpretation von der Behauptung aus, daß es gewiß seyn müsse, ob man cumuliren dürfe, ehe man wirklich cumuliren darf, so ist diese Unbestimmtheit allerdings der Minorität günstig, stellt man aber die Sache natürlich, nach der Regel, man darf cumuliren, außer wo es verboten ist, so ist auch die grammatische Interpretation gerade wegen der Unbestimmtheit des §. 673 Nr. 2 auf Seite der Majorität.

4) Auch die Interpretationsregel, nach welcher correctorische Gesetze so erklärt werden müssen (bei vorhandener Unbestimmtheit) wie sie am wenigsten am ältern Recht ändern, führt nach Ansicht des L. R. S. 1346 zum nämlichen Resultat.

Das Entscheidende ist aber immer die ratio legis; nach ihr muß der §. 673 Nr. 2 auf die Summe des ganzen Streits bezogen werden, und in diesem Sinn kann dann von diesem §. beim §. 251, bevor man die Summe gezogen hat, d. h. vor vollzogener Cumulation gar nicht mehr die Rede seyn.

Hätte der §. 673 Nr. 2 den andern Sinn, so wäre dadurch die Minorität, der Consequenz wegen, zu der Behauptung gezwungen, daß, wenn mehrere Streitgenossen eine Forderung von 150 Gulden geltend machen, sie summarisch prozediren müßten, denn das ist ja auch nur in der Form, im Aeußern nur eine Forderung, im Grund aber sind es so viele Forderungen als Kläger, resp. Beklagte, entscheidet aber der Betrag im Einzelnen, ohne Zusammenrechnung, nicht die Summe, so müßte auch hier summarisch prozedirt werden; das wird sie aber nicht behaupten wollen. Der §. 1174 Nr. 5 gibt auch hier wieder ein Beispiel, wie das Gesetz sich selbst verstehe.

Das nämliche Princip, welches hier verfochten wird, hat überdies bei uns auch schon vor Einführung der Prozeßordnung, bezüglich auf die Begränzung der unterrichterlichen und bürgermeisterlichen Justiz, gegolten und gilt jetzt noch nach der untergerichtlichen Praxis ganz allgemein; wohl auch ein Beleg, wie der gesunde Sinn die Frage entscheide.

Keller.

II.

Die Namensänderungen der Juden betreffend.

Durch §. 24 des Edicts vom 13. Januar 1809 (Regierungsblatt Nr. VI.) wurde festgesetzt:

„Jeder Hausvater der jüdischen Religion, der nicht jetzt schon einen auszeichnenden, erblichen Zunamen hat, ist schuldig, einen solchen für sich und seine sämmtlichen Kinder, die noch in seiner Gewalt sind, anzunehmen, dessen Wahl bei ihm steht, jedoch daß er keinen wähle, womit ein Eingriff in die Familiennamen Anderer geschehe. — Er muß dabei einen jeden seiner sämmtlichen, bisher geführten Namen als Vornamen beibehalten und darf keinen ablegen."

Daß diese, ihrem Inhalte nach sehr deutliche Bestimmung nicht nur diejenigen Juden, welche im Jahre 1809 schon Hausväter waren, sondern auch ihre Nachkommen zu Beibehaltung der angenommenen Familienamen, so wie der ihnen bei der Geburt beigelegten Vornamen verpflichtete, bedarf wohl keiner Erörterung.

Gleichwohl ist, im Widerspruche mit der gedachten Verordnung, der Fall vorgekommen, daß solche Familiennamen, ohne Einholung der obrigkeitlichen Erlaubniß, wieder abgelegt oder willkührlich mit andern vertauscht wurden.

Noch häufiger geschah es, daß Juden die Vornamen, welche sie bei der Geburt erhalten hatten, sei es, weil jene ihnen keinen ästhetischen Klang zu haben schienen, oder aus andern Beweggründen, aufgaben und dafür selbst gewählte Vornamen sich aneigneten.

Dadurch ergab sich der Mißstand, daß ein und dieselbe Person in verschiedenen Perioden ihres Lebens verschieden genannt und sogar in Urkunden unter verschiedenen Namen aufgeführt wurde, oder sich verschieden unterzeichnete.

Für dritte Personen, welche mit Juden, die derartige Verwechslungen der Vor- oder Familiennamen sich erlaubten, in Rechtsverhältnisse getreten sind, kann durch jenes Verfahren eine offenbare Rechtsunsicherheit entstehen, indem die Identität der Person der betreffenden Juden bona oder mala fide sich bestreiten ließ. — Auf gleiche Weise können die Pfandgerichte, namentlich in Städten, in denen viele Juden sich befinden, deren Personalien nicht alle dem Pfandgerichte bekannt sind, zu Irrungen geleitet und in Folge dieser mit Regreßklagen bedroht werden.

Es möchte daher nicht ungeeignet seyn, wenn die höhere polizeiliche Obrigkeit jenen Vorgängen, welche möglicher Weise in wahren Betrug ausarten, einige Aufmerksamkeit schenken und etwa durch Verbote unter Strafandrohung begegnen würde.

Kirn.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 27. Mai 1837.

I.

Verwandtenmord *).

(Insbesondere vom objectiven Thatbestande.)

Die ledige Cäcilia Debold, geboren zu Eichelberg den 29. April 1810, war daselbst am 1. März 1835 in der Behausung ihres Bruders mit einem unehelichen Kinde weiblichen Geschlechts niedergekommen, welches am 27. April desselben Jahrs gestorben ist. Bei ihrer Mutter wurde sie damals nicht geduldet. Als sich die Debold bald darauf zum zweitenmale schwanger fühlte, suchte sie als Magd einen Dienst in Schlierbach und verblieb dort, bis die Zeit ihrer Entbindung herannahete. Am 12. April 1836 kam sie dann mit dem zweiten unehelichen Kinde männlichen Geschlechts in der Entbindungsanstalt zu Heidelberg nieder, nachdem sie zuvor unterm 28. März von Schlierbach aus ihrem Liebhaber geschrieben hatte, daß sie in 8 Tagen niederzukommen glaube. In dem Briefe war zugleich die dringende Bitte enthalten, daß er sie doch über die Osterfeiertage besuchen möge, indem sie so viel leide. Diese Bitte blieb indessen unerhört Der Liebhaber entschuldigte sich aber bei seiner Vernehmung damit, daß er um jene Zeit nicht habe abkommen können. Am 29. April, um die Mittagszeit, verließ die Debold mit ihrem gesunden Kinde die Entbindungsanstalt und übernachtete an demselben Tage, jedoch ohne Kind, in der weißen Rose zu Heidelberg. Sie traf daselbst einen Victualienhändler von Elsenz, welchem sie einen zweiten Brief, datirt Heidelberg den 21. April, an ihren Geliebten mitgab, der aber denselben nicht erhielt. Bei dieser Gelegenheit hielt ihr der Victualienhändler vor, daß sie dem Vernehmen nach wieder ein Kind gehabt hätte; allein sie erklärte dies für unwahr. Der von ihm zur Bestellung übernommene Brief fand sich später im Besitze eines Dritten vor. In diesem Briefe machte sie ihrem Liebhaber den Vorwurf, daß er ihr voriges Schreiben weder beantwortet, noch sie auf Ostern besucht habe. Zugleich zeigte sie ihm an, daß sie einen Sohn geboren und ihr Kindbett bald vollendet habe. Ferner war darin bemerkt, daß sie den 2. Mai nach Haus komme und daß sie hoffe, er werde zu ihr kommen und ihr Geld bringen; denn es habe ihr lange genug ihren sauern Schweiß gekostet, bis sie so weit gekommen sei; jetzt habe sie keinen Kreuzer Geld mehr, als was ihr gute Leute geben. Sie schließt den Brief damit, daß er keine Ruhe mehr haben soll, wenn er sie verlasse und ein so schlechtes Gewissen habe.

Uebrigens holte die Debold am 30. April bei ihrer Dienstfrau zu Schlierbach den Rest des Lohnes und äußerte auf die Frage, wo sie ihr Kind hingebracht habe? gegen die Dienstfrau: ihr Bruder, welcher in Eichelberg wohne, habe dasselbe in Wiesloch, bis wohin er ihr entgegen gefahren, abgeholt ꝛc. ꝛc.

Als sich die Dienstfrau gewundert, daß sie ihr Kind bei der schlechten Witterung fortgeschafft habe, erwiederte dieselbe: ihr Bruder hätte Kissen mitgebracht, worin das Kind sicher verwahrt und eingewickelt worden sei. Hierauf begab sich die Debold nach Eichelberg, wo ihr der Stabshalter am 2. Mai einen neuen Heimathsschein ausfertigte. An dem nämlichen Tage besuchte sie ihren Bruder und dessen Frau, sagte ihnen aber nichts davon, daß sie schwanger gewesen und niedergekommen sei, wie sie denn überhaupt ihre zweite Schwangerschaft weder ihren Verwandten noch den Ortsvorgesetzten anzeigte. Ihre Mutter erfuhr erst später, daß sie sich einen neuen Heimathsschein geholt habe. Um jene Zeit besuchte die Debold auch ihren Geliebten, welcher als Knecht auf dem Dammhof diente und eröffnete demselben, daß ihr zweites Kind ebenfalls gestorben und auf dem Kirchhof begraben sei.

Da sie sich als Magd nach Ittlingen verdingt hatte, so gieng sie nach Schlierbach zurück, um ihre dortgelassenen Kleidungsstücke abzuholen. Bei dieser Gelegenheit erzählte sie ihrer vorigen Dienstfrau: „Denken Sie, meinem Bruder

*) Man vergleiche hiermit den Fall in Nr. 23 des ersten Jahrgangs der Annalen.

Digitized by Google

iſt, ehe er ins Ort kam, das Kind geſtorben und die Leute ſagen jetzt, ich hätte es umgebracht."

Die Dienſtfrau bemerkte darauf: „Sie wird doch ſo etwas nicht thun?" worauf die Debold mit einem ſcheinbar ganz unſchuldigen Geſicht und mit herabrollenden Thränen erwiedert haben ſoll: „Gott bewahre! Wie könnte ich das thun!" Bald darauf gieng die Debold mit ihren Kleidern fort.

Es ſtand indeſſen nicht lange an, ſo wurde ruchbar, daß die Direction der Entbindungsanſtalt zu Heidelberg in einem Schreiben vom 29. April dem Pfarramte zu Eichelberg angezeigt habe, daß die ledige C. Debold von dort an jenem Tage mit ihrem am 12. ejusd. gebornen Knaben aus der Anſtalt entlaſſen und angewieſen worden ſei, ſich vor dem Pfarramte perſönlich mit ihrem Kinde zu ſtellen, während ſich dieſelbe bis jetzt nicht habe blicken laſſen. Die Debold wurde daher am 11. Juni 1836 zu Ittlingen verhaftet und dem Bezirksamte Eppingen zur Unterſuchung überliefert.

In dem ſogleich mit ihr abgehaltenen Verhör gab ſie vor, daß ihr Kind einige Stunden nach dem Abgang aus der Entbindungsanſtalt unterwegs zwiſchen Rohrbach und Leimen plötzlich geſtorben ſei. Es ſei nämlich Abends gegen 5 Uhr geweſen und ſie ſei lange mit dem todten Kind herumgelaufen, ohne zu wiſſen, was ſie anfangen ſollte. Endlich habe ſie Abends gegen 7 Uhr das Kind abſeits der Straße begraben, zu dem Ende ein Loch mit ihrer Hand in die Erde gemacht, das Kind hineingelegt und mit Erde zugedeckt.

Während der Aufnahme dieſes Protocolls wurde die Inquiſitin unwohl und zuletzt ohnmächtig, ſo daß man das Verhör ausſetzen mußte.

Nachdem ſie ſich wieder erholt hatte, gab ſie auf Befragen weiter an, ſie glaube, daß ihr letztes Kind, wie das erſte, an den innern Gichtern geſtorben ſei. Sie habe daſſelbe, als es todt geweſen, lediglich in eine Windel eingeſchlagen und ſo ohne alle weitere Bekleidung in das von ihr gemachte Loch gelegt und mit Erde zugedeckt. Die Gegend könne ſie wohl zeigen; allein ob ſie den Platz noch finde, wohin ſie das Kind begraben, könne ſie nicht behaupten, ſie ſei damals zu ſehr in der Verzweiflung geweſen, habe ſich nicht zu helfen gewußt und auch die Stelle nicht ſo genau beobachtet.

Befragt, warum ſie denn weder dem Ortsvorſtand zu Leimen oder zu Rohrbach, noch einem oder dem andern Pfarrer dieſer Gemeinden von dem Ableben ihres Kindes eine Anzeige gemacht habe? gab ſie zur Antwort: „Das iſt von mir in der Unüberlegtheit geſchehen und hat mich ſchon oft gereut, auch wußte ich vor Armuth nicht, wohin ich mich wenden ſollte."

Auf weiteres Befragen, wohin ſie denn von Heidelberg aus mit ihrem Kinde habe gehen wollen? verſetzte die Inquiſitin: „Ich wollte nach Haus zu meiner Mutter. Nach dem Tod meines Kindes gieng ich aber nach Heidelberg zurück, blieb in der weißen Roſe über Nacht und gieng erſt andern Tags nach Eichelberg."

Im Uebrigen ſtellte ſie durchaus in Abrede, ihr Kind umgebracht zu haben.

Am 15. Juni ward ſie an das Oberamt Heidelberg als forum delicti commissi abgeliefert und dort gleich nach ihrer Ankunft vorläufig befragt: wo ſich ihr neugebornes Kind befinde? Sie erwiederte: „Es liege in einem Rübenloch am Wege zwiſchen Rohrbach und Leimen, ſie könne aber den Platz nicht mehr genau angeben."

Den andern Tag machte der Gefangenwärter die Meldung, er hätte der Inquiſitin, als er ihr das Morgenbrod gebracht, die Frage geſtellt: ob ſie nun über das ſich beſonnen habe, was ſie der Beamte geſtern gefragt? worauf ſie geäußert: „ja, ſo gehts, wenn man nicht nach Haus darf; da kommen Einem die übeln Gedanken in den Kopf. Es konnte mir in meinem Leben Niemand etwas nachſagen, als gerade jetzt. Ich will aber lieber auf dieſer Welt leiden als auf der andern Welt." —

Wirklich wurden auch der Inquiſitin von allen Seiten die vortheilhafteſten Zeugniſſe über ihr Wohlverhalten ertheilt.

Um wo möglich den Leichnam des Kindes ausfindig zu machen, wurden zwei Gendarmen mit der Angeſchuldigten ausgeſchickt, um Nachſuchung zu pflegen. Dieſer Verſuch hatte jedoch keinen Erfolg. Die Inquiſitin erzählte übrigens während des Fahrens dem Gendarmeriebrigadier von freien Stücken: „Als ſie neulich von Heidelberg weggegangen ſei, wäre ihr unterwegs zwiſchen Heidelberg und Rohrbach ein Fuhrmann begegnet; ſie hätte mit dieſem fahren wollen, wäre aber beim Umſehen auf einen Steinhaufen gefallen; das Kind, welches ſie bei ſich getragen, wäre dabei gefallen und ſie auf ihr Kind. Eine Stecknadel, welche ſie auf der Bruſt befeſtigt hatte, wäre bei dieſem Fall dem Kind vorn in die Lippen gedrungen, wodurch daſſelbe bedeutend verletzt worden ſei. Sie habe zwar das Kind noch in ihre Schürze gewickelt, es hätte aber nur noch einigemal geſchluckt und ſei darauf verſchieden; es ſei wahrſcheinlich in der Schürze erſtickt." —

Als in dem hierauf abgehaltenen Verhör der Inquiſitin bemerkt wurde, daß ihre bisherigen Angaben in Beziehung auf den Tod ihres Kindes unwahrſcheinlich ſeien — verſetzte ſie nach ſehr langem Beſinnen: „Ich fiel mit dem Kinde im Gehen auf der Chauſſee unverſehens auf einen Steinhaufen und dort muß es ſchon beſchädigt worden ſeyn." (Nach einer Officialbemerkung lagen zu jener

Digitized by Google

Zeit auf der Rohrbacher Chaussee allerdings mehrere Haufen kleingehackter Kalksteine zum Wegbau bereit).

Diese Antwort veranlaßte den Inquirenten zu der Frage: ob das Kind noch weiter beschädigt worden? Nach abermaliger langer Pause erfolgte die Antwort: „Ja, ich habe es ein paarmal fest an mich gedrückt."

Ueber die Art, wie dies geschehen, erzählte die Inquisitin: „Ich drückte die Brust des Kindes wider meine Brust und zwar zuerst mit einer, dann mit zwei Händen, so daß dem Kind der Athem vergieng. Ich drückte es dreimal mit beiden Armen, die ich um das Kind legte, so kräftig als ich konnte wider meine Brust."

„Der Druck dauerte ungefähr ein Vaterunser lang. Einmal dauerte es noch länger, nämlich das drittemal. Dieser Druck dauerte ungefähr zwei Vaterunser lang."

Ueber die Wirkung dieses dreimaligen Drückens befragt, erklärte die Inquisitin: „Das Kind hörte fast ganz auf zu schnaufen, man hörte fast gar nichts mehr von Leben."

Dieses Drücken soll eine kurze Strecke vor Rohrbach Statt gefunden haben. Auf die Frage, was sie hierauf mit dem Kinde angefangen? äußerte die Angeschuldigte: „Ich wickelte es in ein zweites Hemd, welches ich noch bei mir hatte und trug es dann, unter der Schürze versteckt, auf der Chaussee weiter, bis ich an das Kreuz bei Rohrbach kam. Von dort gieng ich schräg rechts in das Feld hinein."

„Ich gieng immer tiefer in das Feld hinein und nun kam mir erst der Gedanke, das Kind zu begraben."

Darüber befragt, ob das Kind damals noch gelebt? brach sie in Schluchzen aus und sagte: „Man hörte kaum einen Schnaufer, doch verzog es manchmal noch den Mund."

Sodann erzählte sie weiter: „Ich gieng bis auf ein Rübenloch zu, welches weit von der Chaussee entfernt lag. Dasselbe war schon geleert und über die Hälfte mit Erde aufgefüllt. Es lagen viele zusammengelesene Sandsteine darin. Dort legte ich das Kind hinein."

Nun ward der Inquisitin die Frage gestellt, ob sie dem Kind keine weitere Gewalt angethan habe? worauf sie versetzte: „Ich nahm einen von den erwähnten Steinen in die rechte Hand und schlug damit an den Kopf des Kindes."

Auf die Frage: wie sie es geschlagen? fügte sie hinzu: „Ich schlug es zuerst auf die rechte Schläfe; dann auf den mittlern Kopf. Die zweite Stelle kann ich nicht mehr genau bezeichnen. Mehr als zweimal habe ich es aber nicht geschlagen."

Die Frage: ob das Kind darauf noch gelebt? wurde von der Inquisitin dahin beantwortet: „Nein; lebendig war es gewiß nicht mehr. Es regte sich nicht mehr."

Auf näheres Befragen gab die Inquisitin noch weiter an: „Das Kind war noch gewickelt. Ich nahm das Wickelband herab, um zu sehen, ob es noch lebe, und da ich es todt fand, legte ich es, blos in eine Windel gewickelt, in den obern Theil des beschriebenen Rübenloches. Die Steine räumte ich erst auf die Seite, so daß es auf die Erde kam. Dann scharrte ich von der daneben befindlichen Erde mit den Händen darüber, so daß das Kind ungefähr einen Schuh tief lag. Oben darauf legte ich noch drei bis vier von den besagten Steinen."

„Ich rannte noch eine Weile herum und weinte und jammerte. Dann lief ich wieder heraus auf den Weg bis hierher nach Heidelberg, wo ich in dem Wirthshause zur weißen Rose über Nacht blieb."

Die Inquisitin beschrieb den Stein, womit sie das Kind geschlagen, als einen grauen glatten Stein, welcher etwas größer als die Faust eines Erwachsenen gewesen sei.

Als Motiv zur That führte sie an: „Ich war ganz in Verzweiflung und wußte nicht, wo ich mit dem Kinde hin sollte. — Ich dachte, das Kind soll lieber hingehen, als im Elend leben."

„Ich sah mich von dem Vater des Kindes verlassen, und dieses brachte mich in so schwere Verzweiflung."

Ueber das Hinfallen auf den Steinhaufen äußerte sich die Inquisitin näher dahin: „Ich weiß nicht, ob es dem Kind innerlich geschadet hat. Aber es gieng zu gleicher Zeit eine Stecknadel, die an meinem Brusttuch stak, in die Oberlippe des Kindes hinein, so daß Blut heraus floß und die Lippe auflief. Es schnaufte noch ganz ordentlich aber es schrie nicht mehr."

Sie versicherte zugleich, daß ihr zu dieser That weder ihr Liebhaber noch sonst Jemand Rath oder Hülfe gegeben und daß sie es allein zu verantworten habe. Es sei eben ein plötzlicher Entschluß gewesen.

Auf die am Schlusse des Verhörs gestellte Frage: ob sie noch etwas anzugeben habe? brach sie in Thränen aus und erklärte: „Ich weiß nichts mehr. Ich habe mein Gewissen jetzt erleichtert und bereue meine That sehr. Ich bitte daher um Nachsicht und Schonung."

Am 16. Juni verfügte sich der Untersuchungsbeamte mit dem Actuar unter Zuzug eines Gendarmeriebrigadiers nach Rohrbach und brachte dort in Erfahrung, daß ein dasiger Bürger auf seinem Acker unlängst Kindszeug gefunden habe. Man ließ diesen Mann sogleich vorkommen, welcher auf Befragen angab, daß er vor ungefähr sechs Wochen beim Pflügen seines Ackers nächst dem Sandhäuser Wege plötzlich auf einen fremdartigen Gegenstand aufmerksam geworden sei. Eine seiner vorgespannten Kühe sei nämlich mit dem einen Fuße tiefer als gewöhnlich in eine lockere Stelle des Bodens hineingetreten. Beim Nach-

Digitized by Google

sehen fand er in einer Vertiefung ein Kindshäubchen nebst Jäckchen und außerdem eine leinene Windel, welche gebraucht aussah und kein Zeichen hatte. Er rief nun den Eigenthümer eines nahegelegenen Grundstücks herbei und wies ihm die Kleidungsstücke vor. Beide geriethen alsbald auf die Vermuthung, daß hier vielleicht ein Kind begraben liege; allein sie hatten nicht den Muth, genauer nachzusuchen, weil sie vor dem Gedanken schauderten, einen Leichnam zu finden. Das Loch, welches zum Theil mit dürren Tabaksstengeln, die über dem Kindszeug lagen, ausgefüllt war, soll übrigens ungefähr 1½ Schuh lang, ein Schuh breit und 1¼ Schuh tief und noch so geräumig gewesen seyn, daß man ein kleines Kind hätte hinein legen können. Außerdem hatte der Finder in dem Loche nichts bemerkt und dasselbe wieder zugescharrt. Allein oben darauf war Dung zusammengehäuft; auch mußten die Tabaksstengel, da auf dem in Frage stehenden Acker seit mehreren Jahren kein Tabak gepflanzt worden war, wo anders her zusammengelesen worden seyn.

Der Eigenthümer bemerkte noch, daß er im Jahr 1836 weder ein Rübenloch, noch ein Kartoffelloch auf dem bezeichneten Acker hatte und äußerte zugleich die Vermuthung, daß vielleicht ein Fuchs den Kindsleichnahm, welcher in jenem Loch gelegen haben möge, hervorgezogen und in den Wald geschleppt habe, denn man spüre häufig Füchse in der Gegend. Die Windel zerhackte er, weil sie ein schlechter Lumpen war, in Stücke und warf sie neben in einen Fruchtacker hinein; dagegen nahm er das Jäckchen und Häubchen mit nach Haus und wies beide Stücke seiner Frau vor, welche aber erklärte, daß sie ihr nicht zugehörten. Sie warf dieselben auf einen Platz hinter dem Hause, wo nachher die Magd des Nachbars sie wegnahm und aufbewahrte, bis etwa darnach gefragt würde. Die oberamtliche Commission ließ beide Stücke, an welchen jedoch nichts auf den Thatbestand Bezügliches wahrzunehmen war, bei der gedachten Magd sogleich erheben und begab sich sodann mit Urkundspersonen und Arbeitsleuten auf den fraglichen Acker, welcher eine starke halbe Stunde von Rohrbach entfernt liegt. Hier wurde an der von dem anwesenden Eigenthümer bezeichneten Stelle, wo das Kindszeug gelegen und in einem Umkreise von circa vier Schuh die Erde bis auf eine Tiefe von zwei Schuh aufgeworfen, aber keine Spur von einem Leichnahm gefunden. Eben so wenig kamen die von der Inquisitin beschriebenen Steine ans Tageslicht. Von der zerhackten Windel konnte ebenfalls nichts mehr vorgefunden werden. Nachdem die Commission wieder in den Amtssitz zurückgekehrt war, wurden der Angeschuldigten die genannten Kleidungsstücke vorgezeigt, welche sie sogleich für ihr Eigenthum erklärte, mit dem Anfügen: sie werde diese Sachen, womit das Kind in keinem Fall bekleidet gewesen, wahrscheinlich in der Angst und Verzweiflung haben fallen lassen. Ihrem Vermuthen nach müsse aber das Kind nicht weit davon vergraben seyn. In der Nähe der Vertiefung, in welches sie dasselbe gelegt, sei ein Baum und ein Repsacker gewesen.

Den andern Tag wurde die Angeschuldigte mit dem Brigadier wieder auf den fraglichen Acker geschickt, weil man für möglich hielt, daß sie sich jetzt besser orientiren und vielleicht die Stelle auffinden werde, wo das Kind liegen möge. Der Erfolg entsprach jedoch dieser Erwartung nicht. Eben so vergeblich war ein nach der Ernte angestellter Versuch, wiewohl die Inquisitin sich alle Mühe gegeben hatte, den Platz aufzufinden, wo ihr Kind begraben liegt. Dieselbe erinnerte sich übrigens im nächsten Verhör, daß sie allerdings einiges Kindszeug in die Erde hineingestopft habe. Aber ein so tiefes Loch wie das beschriebene, habe sie schwerlich gemacht; das Loch möge gerade eine Hand breit tief ausgefallen seyn. — Ob sie auch Tabaksstiele dazu gestopft habe, will sie nicht mehr sagen können. —

Im Uebrigen wiederholte die Inquisitin die bei ihrer vorigen Constituirung gemachten Angaben, behauptend, daß sie verrückt gewesen seyn müsse, weil sie sonst ihr Kind nicht umgebracht haben würde.

Während dieses ganzen Verhörs brach dieselbe sehr oft in heftiges Weinen aus und legte die unzweideutigsten Beweise von bitterer Reue und Gewissensangst an den Tag.

Damit stimmt auch ein Zeugniß des Physikats überein, welches die Angeschuldigte im Gefängniß mehrmals besucht hatte.

In einem späteren Verhör vom 9. Juli wurde die Inquisitin befragt, wann sie den Entschluß gefaßt habe, ihr Kind umzubringen? Zuerst gab sie vor, dieser Entschluß sei in ihr entstanden, als sie sich vom Rohrbacher Weg ins Feld hinein begeben; nachher: als sie das Kind so gedrückt habe; dann: auf dem halben Weg nach Rohrbach, sei es ihr eigentlich zuerst eingefallen; zuletzt: wie sie in Heidelberg mit dem Kinde durch die Straßen gegen das Thor zugegangen, seien ihr die Gedanken schon ein bischen gekommen.

Zur näheren Erläuterung hierüber aufgefordert, erklärte sie: „Ich dachte, das Kind muß heute noch sterben. Die Ursache war, weil ich mich so allein und verlassen sah.“

Im Schlußverhör, vor Urkundspersonen, genehmigte die Inquisitin ihre bisherigen Angaben und wiederholte die abgelegten Geständnisse.

Auf den Vorhalt, daß sie sich der vorsätzlichen Tödtung ihres leiblichen Kindes schuldig gemacht habe, brach sie

Digitized by Google

in heftiges Weinen aus und sagte: „Dies muß ich zugeben. Ich bereue aber meine That und bitte um ein schonendes, mildes Urtheil.“ — Auf weiteres Befragen:

„Mein Geständniß ist ganz freiwillig und aufrichtig, was ich gethan habe, ist aus Verzweiflung und Armuth geschehen.“

Die Acten bestätigen auch, daß die Inquisitin ganz vermögenslos ist.

Das Physikat, zum Gutachten darüber aufgefordert, ob die von der Inculpatin angegebenen Mißhandlungen die zureichende Ursache des Todes ihres Kindes gewesen seyn mögen? erklärte sich dahin: In wie fern das Kind durch das Fallen oder Drücken verletzt worden, lasse sich nicht mit Bestimmtheit angeben. Dagegen sei die Mißhandlung mit Steinschlägen auf den Kopf, wenn sie mit der erforderlichen Gewalt durchgeführet werde, allerdings an und für sich zureichend, durch Hirnerschütterung und Extravasat schnell zu tödten. Wenn aber das Kind der Inculpatin auch nur betäubt gewesen wäre, so könne es nachher den Tod der Erstickung gestorben seyn. Andererseits lasse sich aber auch der Fall denken, daß nachher Jemand das Kind gefunden und gerettet habe, da sich bei dem Mangel der Leiche die Läsion selbst und der Grad der Gewaltsanwendung mit Gewißheit nicht bestimmen lasse. Erwäge man endlich die Grausen erregende Schilderung dieser Tödtung, so möchte man an der Thatsache selbst zweifeln, und man glaube die Ausbrüche einer kranken bizarren Phantasie in ihrem gräßlichsten Gemälde vor sich zu sehen; eine Ansicht, welche durch den höchst aufgeregten Gemüthszustand, in welchem sich die Angeschuldigte in den ersten Wochen ihres Arrestes befunden, allerdings gewinne.

Der hofgerichtliche Medicinalreferent sprach sich folgendermaßen aus: Nach den verschiedenen Selbstangaben von Handlungen, welche die Inquisitin zum Zweck der Tödtung ihres Kindes unternommen haben wolle, sei die Erörterung der Frage um so schwerer für den gerichtlichen Arzt, als es bei dem Mangel des corpus delicti an dem objectiven Thatbestand gebreche, welcher allein eine Zusammenstellung von Ursache und Wirkung — d. i. eine Vergleichung der Erscheinungen an dem Körper des angeblich todtmißhandelten Kindes mit den Depositionen der Inquisitin zulasse. Die wahre Todesart des von der Inculpatin geborenen Kindes aus den variirenden Angaben derselben auszumitteln, liege außer den Gränzen des Arztes, weil es ihm an den Materialien zur wissenschaftlichen Begründung seines Urtheils gebreche. — Daß aber Mißhandlungen eines neugebornen Kindes, wie sie von dessen Mutter angegeben worden, die zureichende Ursache seines Todes gewesen seyn mögen, liege wohl außer Zweifel, wenn anders neben dem Mangel des corpus delicti den Depositionen der Inculpatin die Eigenschaft eines gerichtlichen Beweismittels zuerkannt werde.

Der für die Inculpatin ernannte Vertheidiger gieng zunächst von dem Satze aus, daß dem Geständnisse eines Angeschuldigten im Interesse der materiellen Wahrheit nur dann die Kraft eines vollen Beweises beigemessen werden könne, wenn solches in Uebereinstimmung mit allen anderen vorliegenden Umständen die Möglichkeit des Gegentheils ausschließe.

Dem Geständniß der Inculpatin, ihr Kind ums Leben gebracht zu haben, sei nun aber gewiß kein Glauben beizumessen, weil sie selbst damit schwanke und bald dies, bald jenes behaupte, ein Beweis, daß sie mit sich selbst nicht im Reinen sei. — Hiernächst adoptirt der Vertheidiger die Ansicht des Physicats und gelangt zu dem Schluß, daß es in unserem Falle an allem objectiven Thatbestand fehle. — Sodann bestreitet er die Zurechnungsfähigkeit der Inculpatin, weil Entschluß und That ein Werk der Verzweiflung gewesen seien und bittet, sie entweder für schuldlos zu erklären oder doch nur mit einer geringen außerordentlichen Strafe zu belegen.

Zur Beleuchtung der obenangestellten Frage: ob die Gewißheit einer Tödtung oder der s. g. objective Thatbestand dieses Verbrechens durch das alleinige Geständniß des Thäters hergestellt werden kann? wurde von dem hofgerichtlichen Referenten vorgetragen: Ob es gleich manche Schriftsteller gibt, welche dem Geständniß eines Angeschuldigten gar keine Beweiskraft beilegen wollen, so unterliegt es doch wohl keinem Zweifel, daß, wie auch die bewährtesten Criminalrechtslehrer, z. B. Feuerbach, Tittmann, Mittermaier, annehmen, ein solches Geständniß, wenn es anders die gehörigen Erfordernisse der Glaubwürdigkeit, namentlich innere Wahrscheinlichkeit und Bestimmtheit hat, als ein Hauptbeweismittel erscheint und es läßt sich dieses schon aus dem allgemeinen psychologischen Erfahrungssatze rechtfertigen, daß es der menschlichen Natur widerstrebt, sich durch das Geständniß einer unwahren Thatsache Nachtheile zuzuziehen, weshalb man mit vollem Rechte voraussetzen darf, daß derjenige, welcher sich diesen Nachtheilen preisgibt, nur durch sein Gewissen und das Gefühl der Wahrheit dazu bewogen wird.

Abgesehen von diesem, der Philosophie des Strafrechts angehörenden Grunde, spricht aber auch unsere positive Strafgesetzgebung für die Beweiskraft des Geständnisses, indem die P. H. O. im Artikel 22 ausdrücklich besagt, es solle Niemand verurtheilt werden, außer auf „eigen Bekennen oder Beweisung“ und welchen Werth dieser Strafcodex auf das Geständniß legt, beweist der Fortbestand der Folter, welcher in demselben zur Erwirkung

Digitized by Google

der Bekenntnisse sanctionirt wurde. Räumte man aber früher einem oft durch unmenschliche Mittel erpreßten Geständnisse Beweiskraft ein, so kann man jetzt an dieser um so weniger zweifeln, als nach Abschaffung der Folter ein vor Gericht abgelegtes Geständniß immer nur das Resultat des freien Willens des Bekennenden seyn kann und man bei einem solchen Geständnisse mit dem vollkommensten Rechte annehmen darf, daß es nur durch die Stimme des Gewissens und das Bewußtseyn der Wahrheit herbeigeführt ward.

Diese Sätze als richtig vorausgesetzt, wird es auch nicht schwer halten, die Ansicht zu rechtfertigen, daß jedes mit den gehörigen Erfordernissen versehene Geständniß ohne Rücksicht auf die Größe des Verbrechens und ohne einen anderen Beweis für die Wahrheit des Eingestandenen, die volle Gewißheit der einbekannten Thatsachen liefert, oder mit andern Worten, daß auch der objective Thatbestand durch ein Geständniß der angeführten Art vollkommen bewiesen werden kann.

Bei vielen, ja man kann sagen bei den meisten Verbrechen, steht der s. g. objective Thatbestand mit dem subjectiven in so enger Verbindung, daß sich beide nicht wohl trennen lassen, und selbst bei dem Verbrechen der Tödtung kann sehr oft die Gewißheit des Thatbestandes überhaupt, daß nämlich ein Mensch durch eine mittelst einer rechtswidrigen Handlung eines Dritten erhaltene körperliche Verletzung das Leben verloren hat, nicht ohne die Gewißheit des s. g. subjectiven Thatbestandes hergestellt werden.

Weil aber bei Tödtungen in der Regel der beste und sicherste Beweis, daß der Getödtete in Folge erhaltener körperlicher Verletzungen gestorben sei, durch Augenschein und den hierauf gebauten Ausspruch von Kunstverständigen, nämlich der Gerichtsärzte, geliefert wird, so haben manche Rechtslehrer hieraus die Ansicht ableiten wollen, daß der Beweis der Tödtung aus dem alleinigen Geständniß des Thäters nicht hergenommen werden könnte.

Allein es ist nicht wohl abzusehen, warum man, wenn das Geständniß des Thäters für ein gültiges Beweismittel anerkannt wird, solches blos auf die Fälle beschränken sollte, wo der Beweis, daß überhaupt ein gewaltsamer Tod erfolgt sei, schon durch andere Beweismittel hergestellt ist, da ja sonst gerade in solchen Fällen, wo der Inculpat selbst absichtlich die Spuren des Verbrechens vertilgt, wo er also z. B. den Leichnahm des Ermordeten so zu verbergen oder zu vernichten wußte, daß eine Auffindung desselben nicht mehr gelingt, das eingestandene Verbrechen immee straflos bleiben müßte, auch wenn alle übrigen Umstände mit dem Geständnisse im Einklange wären. Eine solche Theorie würde die Begehung der schwersten Verbrechen begünstigen, indem mit der Vertilgung der Spuren einer Unthat auch die Möglichkeit ihrer Bestrafung hinwegfiele; und wenn es gleich eben so sehr die Aufgabe einer guten Strafgerechtigkeitspflege seyn muß, dafür zu sorgen, daß keinen Unschuldigen die Strafe treffe, als dafür, daß der Schuldige entdeckt und bestraft werde, so hieße es doch die Sorgfalt für die Möglichkeit der Unschuld eines geständigen Verbrechers zu weit treiben, wenn man ihn aus einem Grunde ungestraft lassen wollte, den er selbst bewirkt hat, und es wäre überhaupt bei einer solchen Aengstlichkeit am Ende gar nicht mehe möglich, eine Verurtheilung auszusprechen, weil es z. B. eben so gut denkbar ist, daß zwei Zeugen, welche die Tödtung eines Menschen durch den Thäter mit angesehen zu haben angeben, absichtlich oder aus Irrthum ein falsches Zeugniß ablegen, als daß sich dieser fälschlicher Weise zu einem nicht verübten Verbrechen bekennt!

Indem sich Referent zur Rechtfertigung seiner Ansicht noch auf die Autoritäten von

Bauer, Strafprozeß §. 119.

Feuerbach, §. 584 und 85.

Mittermaier, Strafverfahren Band II. §. 157.

Grolmann, Grundsätze ꝛc. §. 444 und 480.

berief, gieng er zur Prüfung der weiteren Frage über: ob das Geständniß der Inculpatin von der Art ist, daß es in Verbindung mit den als bewiesen vorliegenden übrigen Umständen den Beweis dee eingestandenen Tödtung liefern kann?

Um nachzuweisen, daß dieses Geständniß die wesentlichen Erfordernisse der Bestimmtheit und inneren Wahrscheinlichkeit habe, führte Referent getreulich die Depositionen der Inculpatin an, wie wir solche bereits kennen gelernt haben, und fuhr dann fort: aus diesen Angaben der Inquisitin ergebe sich unzweifelhaft ein mit aller Bestimmtheit und Umständlichkeit abgelegtes Geständniß: daß sie ihr Kind an dem Tage, an welchem sie mit demselben die Entbindungsanstalt in Heidelberg verließ, auf dem Wege zwischen Rohrbach und Leimen vorsätzlich getödtet habe. Denn abgesehen davon, daß dies von der Angeschuldigten ausdrücklich zugegeben wurde, hat sie die Art und Weise, wie sie das unschuldige Geschöpf behandelt, um ihm das Leben zu nehmen, überall im Wesentlichen ganz gleichlautend erzählt und eben so unverhohlen den Vorsatz, welchen sie dabei gehabt, eingestanden. Wenn aber auch in letzter Beziehung ihre Aussagen einigermaßen als schwankend betrachtet werden können, so sind sie es doch keineswegs hinsichtlich der Handlungen, welche sie zum Vollzuge ihres Entschlusses begangen zu haben eingestand. Denn daß sie das Kind auf dem Wege zwischen Rohrbach und Leimen dreimal mit ganzer Kraft an die Brust drückte, um ihm dadurch den Tod zu bereiten; daß

Digitized by Google

sie dann die Chaussee verließ, sich feldeinwärts begab, ihm mit einem Steine von der Größe der Faust eines Erwachsenen zwei Schläge auf den Kopf gab und es sodann in ein Rübenloch begrub, dieses alles hat sie mehrmals mit Bestimmtheit versichert und im Schlußverhöre wiederholt, so daß in der That nicht leicht ein Geständniß mit größerer Bestimmtheit und Vollständigkeit, wie das hier vorliegende, abgelegt werden kann. Anlangend die innere Wahrscheinlichkeit dieses Geständnisses, so wurden dafür folgende Thatsachen angeführt: Die Inquisitin kehrte am Abend desselben Tages, an welchem sie mit ihrem Kinde die Entbindungsanstalt verlassen hatte, ohne dasselbe nach Heidelberg zurück. Seitdem ist das Kind verschwunden. Da es aber um die Mittagszeit noch ganz gesund war, so ist keine entfernte Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden, daß es plötzlich eines natürlichen Todes gestorben seyn sollte. Eben so wenig läßt sich annehmen, daß gedachtes Kind, wenn es den unmenschlichen Mißhandlungen seiner Mutter nicht unterlegen seyn sollte, von irgend Jemand aufgefunden und gerettet worden sei, weil ein so auffallender Fund sicher kein Geheimniß in der so bevölkerten Gegend geblieben seyn würde. Vielmehr spricht die Auffindung einer Grube und des mit andern Dingen darin gesteckten Kindszeugs auf dem Acker, wo es aller Wahrscheinlichkeit nach verscharrt gewesen, gegen eine solche Unterstellung und für die von dem Eigenthümer geäußerte Vermuthung, daß der Leichnam durch Füchse verschleppt und aufgezehrt worden seyn möge. Auch sind die von der Inculpatin eingestandenen Mißhandlungen so geartet, daß sie, wie von den Gerichtsärzten begutachtet wird, den Tod des Kindes wohl herbeigeführt haben können. Die Grausamkeit der Mutter liefert keinen Beweis gegen die Wirklichkeit der That selbst, da die Erfahrung lehrt, daß es auch unnatürliche Mütter gibt, bei welchen der Trieb, sich von der Sorge für die Erhaltung eines ihrem eigenen Fortkommen hinderlichen Kindes zu befreien, die Stimme der Natur erstickt. Dies ist in dem vorliegenden Falle um so einleuchtender, als gerade die Armuth und die hülflose Lage nach der eigenen Angabe der Inculpatin die vorzüglichste Triebfeder der Tödtung ihres Kindes gewesen seyn soll. Endlich würde sich, wäre die Inculpatin unschuldig, die von ihr während der Untersuchung an den Tag gelegte, ungeheuchelte Reue und Gewissensangst psychologisch nicht erklären lassen.

Referent hielt daher die Inculpatin, nach ihrem gehörig qualificirten Geständnisse, der vorsätzlichen Tödtung, welche unter den Begriff des Verwandtenmords fällt, für schuldig. Damit waren auch sämmtliche Votanten vollkommen einverstanden.

Es mußte sonach die ordentliche Strafe des Schwerts erkannt werden, wenn nicht rechtliche Milderungsgründe eine außerordentliche Strafe motivirten. Indessen stellte nur eine Stimme den Antrag auf Erkennung einer 15jährigen Zuchthausstrafe. Die acht andern Votanten stimmten für die poena ordinaria, indem sie annahmen, daß die Lage der Inquisitin zur Zeit der That nicht so verzweifelt gewesen sei, wie sie von dem Vertheidiger dargestellt werden wollte. Denn die Inquisitin hatte bei ihrer Dienstherrschaft in Schlierbach noch Liedlohn zu beziehen, womit sie bis zu ihrer Nachhausekunft die dringendsten Bedürfnisse befriedigen konnte. Allein darum war es ihr nicht zu thun, was schon daraus hervorgeht, daß sie dieses Guthaben erst den Tag nach der Tödtung ihres Kindes erhob. In dieser Beziehung ist besonders auffallend, daß sie den Brief vom 21. April, worin sie ihren Schwängerer um Geldunterstützung ansprach, erst einige Stunden nach der schauderhaften That, welche sie unter den von ihr selbst angegebenen Umständen mit voller Ueberlegung und Behutsamkeit verübt, dem schon erwähnten Victualienhändler zur Bestellung übergeben und demselben auf Vorhalt mit aller Kaltblütigkeit abgeläugnet hat, ein zweites Kind gehabt zu haben. Ueberhaupt scheint die Verzweiflung von der Inquisitin mehr vorgespiegelt, als wirklich in Wahrheit begründet zu seyn, weil ihr ja noch von keiner Seite die wünschenswerthe Unterstützung abgeschlagen war. Sie hatte solche weder bei ihrer Familie, noch bei der Gemeinde Eichelberg nachgesucht und selbst ihren Liebhaber noch bei Lebzeiten des Kindes für dessen Unterhalt nicht in Anspruch genommen. Man ersieht vielmehr aus Allem, daß es ihr hauptsächlich darum zu thun war, sich des Kindes baldigst zu entledigen, um in ihrer Heimath nicht dafür angesehen zu werden, daß sie ein zweites Kind geboren habe. Diese Unterstellung rechtfertigt sich durch die Thatsache, daß sie sowohl den geistlichen und weltlichen Ortsvorgesetzten zu Eichelberg, als ihren nächsten Blutsverwandten die zweite Schwangerschaft verschwiegen, ja, daß sie weder ihrer Mutter, noch ihrem Bruder, in dessen Haus sie das erstemal niedergekommen, um die Erlaubniß angegangen habe, da oder dort ihr zweites Wochenbett halten zu dürfen.

Die Inquisitin würde also nur dann, wenn sie auf ihr Ansuchen überall kein Gehör gefunden hätte, sich mit Verzweiflung entschuldigen können, um minder strafwürdig zu erscheinen.

Aus diesen Gründen ward durch hofgerichtliches Urtheil vom 29. Dez. v. J. zu Recht erkannt:

„Daß Cäcilia Debold der vorsätzlichen Tödtung des am 12. April zu Heidelberg von ihr gebornen Kindes für schuldig zu erklären und deshalb zur Todesstrafe mittelst öffentlicher Enthauptung durch das Schwert,

so wie zur Tragung sämmtlicher Kosten, mit Ausnahme derjenigen, welche auf ihre Hinrichtung verwendet werden, zu verurtheilen sei."

Dieses Urtheil wurde der Inquisitin am 9. Januar d. J. durch das Oberamt Heidelberg verkündet. Sie weinte dabei bitterlich.

Drei Tage nachher zeigte sie den Recurs zur Gnade an, indem sie ihres sonst guten Betragens und ihres offenherzigen Geständnisses wegen Nachsicht hoffen zu dürfen glaube. Namentlich bemerkte sie: „Mehr als mich irgend ein Urtheil strafen kann, bin ich schon durch die thränenvollen Tage und Nächte gestraft, welche ich seit meiner unrechten That hinbrachte."

Das Großherzogl. Hofgericht unterstützte dieses Gesuch, mit dem Erfolge, daß die erkannte Todesstrafe aus allerhöchster Gnade in eine 15jährige Zuchthausstrafe verwandelt wurde.

Seit dem 4. März d. J. befindet sich die Verurtheilte in dem Zuchthaus zu Mannheim.

Bayer.

II.

Ueber die Erwerbung von verborgenen selbstständigen oder unständigen Dienstbarkeiten durch Verjährung vor Einführung des Landrechts. (Zu Annalen V. Nr. 15 II.)

Es ist nicht richtig, daß, wie der Einsender dieses Aufsatzes sagt, die Worte „auf solche Weise" im L. R. S. 691 mit den Worten: „*de cette nature*" im französischen Texte correspondiren. Die correspondirenden Worte finden sich ganz am Ende des französischen Artikels 691 und heißen: „*de cette manière.*" Der L. R. S. enthält daher nicht sowohl einen Uebersetzungsfehler, als vielmehr eine gewiß nicht mit besonderer Absicht geschehene Versetzung der Worte. Um dies deutlich zu machen, ist es nothwendig, den französischen Text hier einzurücken. Der Artikel 691 lautet in seiner zweiten Hälfte so:

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans le pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

Den ganzen Satz von „sans" bis „de cette nature" incl. giebt unser Landrecht mit den Worten: „dauern sie fort"? — Den Satz: „déjà acquises par la possession" durch die Worte: „sobald sie schon durch verjährten Besitz bei Verkündung dieses Gesetzbuchs erworben sind," — endlich den Satz: „dans les pays où elle pouvaient s'acquérir de cette manière" in den Worten: „in Gegenden, wo sie (jedoch, *cependant*) vorhin auf solche Weise erworben wurden."

In dem französischen Texte wird es nun Niemand einfallen, den Ausdruck: de cette manière auf etwas Anderes zu beziehen, als auf das unmittelbar vorher genannte Wort: possesion. Hier ist es kaum möglich, eine Verbindung jener Schlußworte mit den Anfangsworten: la possession même immémoriale herauszubringen. Es leuchtet vielmehr ein, daß im Artikel 691, wie im Artikel 690, nur die beiden Entstehungsgründe: titre und possession einander gegenüber gestellt werden, von denen der letztere bei den im Artikel 691 erwähnten Dienstbarkeiten für die Zukunft ganz aufgehoben, allein in Bezug auf bereits erworbene Rechte unanfechtbar seyn soll. Man wollte keine rückwirkende Kraft des Gesetzes auf erworbene Rechte, ohne Unterscheidung, ob sie durch dreißigjährigen oder unvordenklichen Besitz erworben wurden.

Die veränderte Stellung in unserer Uebersetzung hat nun freilich die Worte: „auf solche Weise" vom Schlusse des Satzes in die Mitte desselben gebracht. Allein es giebt wohl keine grammatikalische Vorschrift, welche gebietet, daß jene Hinweisung, welche zwischen zwei Substantiven steht, auf das voranstehende und nicht auf das nachfolgende bezogen werden müsse. Man wird auf die Absicht des Gesetzgebers zurückgehen und dabei (wie in allen Fällen, wo Brauer nicht selbst in den Erläuterungen sagt, daß er etwas ändern wollte) hauptsächlich den Urtext als entscheidende Norm anwenden müssen.

Da diese Bemerkungen nur bestimmt sind, einen Irrthum in der Vergleichung des französischen und deutschen Textes zu berichtigen, nicht aber auf die Streitfrage selbst einzugehen, so ist hier noch anzuführen, daß die Uebersetzung, wenn sie wirklich beabsichtigt hätte, die Worte: auf solche Weise mit dem Ausdruck: unfürdenklicher Besitz in Verbindung zu bringen, die nachfolgenden Worte: „durch verjährten Besitz" als ganz überflüssig und störend hätte weglassen müssen. R. a.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 22. Karlsruhe den 3. Juni 1837.

I.

Ueber den Landrechtssatz 2060a. Absatz 11.

1) Diese Gesetzesstelle besagt:

„Persönlicher Verhaft hat ferner Statt:

a. wegen rechtskräftig entschiedener Ansprüche aller Art an Fremde und

b. wegen der unentschiedenen Ansprüche solcher Fremden, die keine andere Sicherheit für Auswartung des Rechtes geben."

Sie ist im Code civil nicht enthalten. Der Redacteur unseres Landrechtes bemerkt darüber:

„er habe sie aus dem Code de procedure entlehnt; sie spräche für sich selbst und bedürfe keiner nähern Entwickelung." Brauer, Comm. Bd. IV. S. 78.

2) Was die Quelle anbelangt, so muß diese Anführung dahin berichtigt werden, daß jene nicht in dem schon am 1. Januar 1807 in Wirksamkeit getretenen Code de procedure, sondern in einem spätern Gesetze vom 10. Sept. 1807, zu finden ist, welches dahin lautet:

Art. I. Tout jugement de condamnation, qui interviendra au profit d'un français contre un étranger, non domicilié en France, emportera la contrainte par corps. —

Art. II. Avant le jugement de condamnation, mais après l'échéance ou exigibilité de la dette, le président du tribunal de I. instance pourra, s'il y a de suffisans motifs, ordonner l'arrêstation provisoire de l'étranger, sur la requête du *creancier* français.

Art. III. L'arrestation provisoire n'aura pas lieu, ou cessera, si l'étranger justifie, qu'il possède sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles, le tout d'une valeur fuffissante pour assurer le paiement de la dette, ou s'il fournit pour caution une personne domiciliée en France et reconnue solvable.

Der Artikel I. dieses Gesetzes ist die Quelle des ersten, die Artikel II. und III. sind die Quelle des zweiten Abschnittes obiger, in das badische Landrecht (zum Theil in kürzerer Fassung) aufgenommenen Bestimmungen.

3) Die Redaction des zweiten Abschnittes hat indessen Mißverständnisse veranlaßt.

Es wollte ihm schon die Deutung gegeben werden, daß er einen Fall im Auge habe, in welchem der Ausländer als Kläger auftritt; daß er mit L. R. S. 16 in Verbindung stehe, welcher dem fremden Kläger die Verpflichtung auferlegt, für den Ersatz der Prozeßkosten und etwaiger Entschädigung Sicherheit zu leisten; und es wurde dann gefolgert, daß, in Ermangelung anderer Sicherheit, der Kläger in Verhaft genommen werden könne.

Zu dieser Auslegung verleitete, daß die oben angeführte Gesetzesstelle von

„unentschiedenen Ansprüchen solcher Fremden"

spricht, aus welcher Fassung allerdings geschlossen werden könnte, daß die Fremden diejenigen seien, welche die betreffenden Ansprüche erhoben haben, über die noch nicht gerichtlich entschieden ist. —

Allein die oben vollständig mitgetheilte Quelle des Gesetzes handelt nur von dem Falle, wenn der Ausländer Schuldner eines Inländers (resp. Beklagter) ist.

Daß Brauer bei der Redaction des Landrechts in dem fraglichen Zusatze von der Quelle nicht abweichen wollte, geht schon aus der kurzen Bemerkung in Band IV. S. 78 des Commentars hervor, „daß die erwähnte Stelle des Landrechts aus dem französischen Proceßrechte entlehnt sei," was nichts anderes heißt, als daß die betreffende Bestimmung des französischen Proceßrechtes auch in Baden eingeführt werden solle; ferner entnimmt man seine desfallsige Ansicht auch aus dem fünften Bande S. 417, wo er sagt:

„der Verhaftsantrag hat nur Statt:

d. wegen Zahlungsweigerung entschiedener Forderungen an Fremde, oder Unsicherheit unentschiedener Forderungen an solche. L. R. S. 2060 Absatz 11."

Eine anderweitige Bestimmung in dem Landrechte hätte auch keinen Zweck gehabt, da nach §. 9 der zur Zeit der

Digitized by Google

Einführung des Landrechts gültigen Obergerichtsordnung bei nicht geleisteter Caution durch den ausländischen Kläger auf dessen Klage gar keine Ladung erkannt werden durfte, somit der inländische Beklagte nicht in die Lage kam, Prozeßkosten aufzuwenden, für welche er einer Sicherheit bedurfte *).

Außerdem würde es eine höchst unnatürliche und unerhörte Maßregel seyn, Ausländer von der Verfolgung etwaiger Ansprüche an Inländer durch die Perspective eines persönlichen Verhafts gewissermaßen abschrecken zu wollen, welche Maxime weder im Landrechte, noch sonst in der badischen Gesetzgebung, einen anderweitigen Anhaltspunkt fände. —

4) Wenn daher auch eine fehlerhafte Redaction des mehrgedachten Satzes im Landrecht Mißverständnisse herbeigeführt hat, so ist doch die Absicht des Gesetzgebers außer Zweifel, und es fragt sich nunmehr, welche Anwendung jener Gesetzesstelle seit Einführung der Prozeßordnung noch gegeben werden könne. —

Daß die Festsetzung der Regeln über Verhängung eines Arrests, sei es als Zwangsmittel zum Vollzug von Urtheilen, oder als Sicherungsmittel noch nicht entschiedner Ansprüche (für den Fall, daß diese vom Richter zu Gunsten des Klägers dereinst anerkann werden sollten), Aufgabe einer Prozeßordnung sind; so wie, daß unsere Prozeßordnung als jüngeres Gesetz, bei etwaiger Collision mit dem Landrechte, vor diesem den Vorzug haben müsse, bedarf hier keiner Erörterung. —

Der erste Theil von L. R. S. 2060a. Absatz 11 (oben mit a. bezeichnet), welcher vom Verhafte wegen entschiedener Ansprüche handelt, will den Arrest als Executionsmittel angesehen wissen. Er ist durch die §§. 680 und 1077 der Prozeßordnung neuerdings sanctionirt. Seiner fernern Anwendung steht also kein Hinderniß im Wege.

Anders verhält sich die Sache rücksichtlich des zweiten Theils jenes Satzes (b.); welcher schon seinem Wortlaute nach allein auf den Sicherheitsverhaft Bezug hat. —

Der 32ste Titel der Prozeßordnung normirt die ganze Lehre vom Sicherheitsarreste überhaupt, auf eine erschöpfende Weise, und zählt unter die einzelnen Gattungen desselben auch den persönlichen Verhaft. — Auf diese Species müssen daher die Grundsätze angewendet werden, welche für das genus gegeben sind.

Es muß also da, wo persönlicher Verhaft als Sicherungsmittel, gegen wen immer (Inländer oder Ausländer) nachgesucht wird, neben der Bescheinigung eines Anspruchs, auch die Bescheinigung eines solchen Verhältnisses vorliegen, welches von der Prozeßordnung als Gefahr bezeichnet wird, die den Kläger in der Art bedroht, daß ohne die verlangte Sicherheitsmaßregel die wirksame Verfolgung seines Anspruchs bei veränderten Umständen nicht mehr möglich oder sehr erschwert seyn würde.

Nur in so weit stimmt nun die Prozeßordnung (in §. 680) mit dem Landrechte überein, daß persönlicher Verhaft nur Statt finden dürfe, wenn dinglicher Arrest zur Sicherung des Berechtigten nicht hinreicht (worüber sich das Landrecht so ausdrückt: „wenn der Fremde keine andere Sicherheit gibt").

Den allgemeinen Satz des Landrechts dagegen, daß in dem so eben erwähnten Falle alsdann die Eigenschaft des Beklagten als Ausländer schon hinreiche, den persönlichen Verhaft gegen ihn zu erkennen, beschränkt die Prozeßordnung sehr wesentlich durch den §. 676, indem sie in der alleinigen Eigenschaft des Beklagten als Ausländer, nur dann eine Gefahr für den Kläger sieht:

wenn 1. gegen Ausländer von dem zuständigen ausländischen Gerichte die Rechtspflege verweigert, oder ungebührlich verzögert wird; und

2. wenn Ausländer aus persönlichen Verbindlichkeiten, die im Inlande entstanden, oder da zu erfüllen sind, in Gemäßheit der allgemeinen Vorschriften über den Gerichtsstand, vor einem inländischen Gerichte belangt werden können.

In jeder andern Beziehung steht der Inländer, hinsichtlich der Frage, ob Arrest überhaupt, und persönlicher Verhaft insbesondere, als Sicherungsmittel gegen ihn erkannt werden könne, nunmehr dem Inländer völlig gleich. —

5) Sollte es sich darum handeln, im Wege der Gesetzgebung über das oben erörterte Redactionsversehen eine Bestimmung zu treffen, so könnte solche nur darin bestehen;

daß der ganze passus von den Worten „und wegen" bis „geben" zu streichen sei;

da er neben dem Inhalte der Prozeßordnung werthlos geworden ist und jede sonstige Redactionsverbesserung möglicher Weise zu der unrichtigen Meinung führen würde, daß die fragliche landrechtliche Stelle noch eine besondere, neben dem 32sten Titel der Prozeßordnung gültige, Bedeutung habe.

Kirn.

*) Eben so wenig, als nach dem ältern Prozeßrechte wegen einer vom ausländischen Kläger zu leistenden Prozeßkostencaution Zwangsmittel gegen jenen angewendet werden konnten, findet ein solches Verfahren nach der neuen Prozeßordnung Statt. Ist dem Kläger eine Sicherheitsleistung anbefohlen und er genügt dieser Auflage nicht, so tritt nur ein Stillstand der Verhandlungen ein. Vergl. §. 299. In welcher Art die Sicherheit zu bestellen ist, sagt §. 182 der Prozeßordnung.

Digitized by Google

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Appellation gegen ein Purificationserkenntniß.

(Koblig gegen Laurenzi).

§ In einer Hausmiethestreitigkeit erließ das Stadtamt Mannheim am 11. Mai 1836 folgendes Erkenntniß:

Würde der Beklagte den ihm zugeschobenen Eid binnen acht Tagen dahin ausschwören: „Es sei nicht wahr, daß er dem Kläger die Wohnung zu ebener Erde in litera Q 3 Nr. 18 dahier um jährlich 100 Gulden im December v. J. durch mündliche Zusage vermiethet," so wird der Kläger, unter Verfällung in die Kosten, mit seiner Klage abgewiesen; würde Beklagter aber diesen Eid nicht ausschwören, so ist er, unter Verfällung in die Kosten, schuldig, den besagten Miethvertrag zu erfüllen, oder den Kläger zu entschädigen.

Dieses Uetheil wurde in instanti verkündet.

Am 20. Mai trug nun der Kläger darauf an, da der Eid vom Beklagten nicht ausgeschworen worden sei, denselben für verweigert zu erklären.

Hierauf purificirte das Amt am nämlichen Tage dahin: „daß Beklagter, unter Verfällung in die Kosten, schuldig sei, den Miethvertrag binnen acht Tagen zu erfüllen, oder den Kläger zu entschädigen."

Hiergegen appellirte der Beklagte und stellte die Bitte, diesen Beschrid vom 20. Mai wieder aufzuheben und den frühern vom 11. Mai wieder herzustellen.

Auf Mittheilung der Beschwerdschrift an den Kläger ließ dieser am 7. Juni durch einen Anwalt erklären, daß er auf das Erkenntniß vom 20. Mai Verzicht leiste und dadurch die Fortsetzung der Appellation überflüssig werde.

Der Appellant, hierüber gehört, bestand jedoch, mit Rücksicht auf sein zweites Petitum, auf oberrichterliche Entscheidung und erläuterte jenes Petitum, welches in der Beschwerdeschrift nicht näher motivirt war, in der später angeordneten mündlichen Verhandlung dahin, daß zu Beseitigung der inzwischen eingetretenen Rechtskraft des Erkenntnisses vom 11. Mai der Stand der Sache hinsichtlich des Zeitablaufs wieder durch die oberrichterliche Entscheidung auf den Moment zurück verlegt werde, in welchem sie sich zur Zeit des Purificationserkenntnisses befand, ihm daher die Nothfrist zu Anmeldung und Ausführung der Appellation gegen das Urtheil vom 11. Mai wieder eröffnet werde. —

Das Hofgericht erkannte am 19. Oct. d. J.:

„daß das amtliche Purificationserkenntniß vom 20. Mai d. J. wieder aufzuheben sei."

Das weitere Gesuch des Appellanten wurde unberücksichtigt gelassen.

Die Gründe hiefür waren folgende:

1) Nach §. 606 der Prozeßordnung soll zwar gegen die Verfügungen, wodurch die Folgen der Leistung oder Verweigerung eines Eides ausgesprochen werden, kein Rechtsmittel Statt finden.

2) Da das Erkenntniß vom 20. Mai aber, in so weit der Eid wegen unterlassener Anmeldung zur Eidesleistung für verweigert erklärt wurde, den Charakter eines Versäumungserkenntnisses hat, so tritt hier die analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über Versäumungserkenntnisse ein.

3) Gegen solche muß nach §. 1178 der Prozeßordnung ein Rechtsmittel zugelassen werden, wenn die als Folge der Versäumniß gegen die säumige Partei ausgesprochenen Rechtsnachtheile den Rechten nicht gemäß sind, oder das gesetzliche Maß überschreiten.

Dieser Fall würde in concreto vorhanden seyn, wenn der Eid, obgleich er in der im Urtheile vom 11. Mai bestimmten Feist nicht geleistet wurde, dennoch mit Unrecht für verweigert erklärt worden wäre.

4) Daß solches geschehen, ergiebt sich daraus:

Nach §. 598 der Prozeßordnung kann erst nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils, welches auf die Eidesleistung erkannte, letztere begehet werden; die Rechtskraft des Urtheils vom 11. Mai würde erst, bei unterbliebener Appellationsanzeige, vom Ablauf der zu dieser Anzeige gesetzlich bestimmten Frist begonnen haben. (Prozeßordnung §. 388.) Das Streitobject beträgt 100 Gulden. Die Anmeldungsfrist dauerte daher nach §. 1187 der Prozeßordnung vierzehn Tage. Diese Feist war am 20. Mai d. J., als das Purificationserkenntniß ergieng, noch nicht umlaufen. Es war daher damals das Urtheil vom 11. Mai noch nicht rechtskräftig geworden und es konnte daher selbst am 20. Mai die Eidesleistung noch nicht begehrt werden. Noch weniger durfte der Eid also damals schon als verweigert erklärt werden, wenn gleich der Unterrichter, statt für die Eidesleistung die Anberaumung einer besondern Tagfahrt nach Eintritt der Rechtskraft des Erkenntnisses vorzubehalten, im Urtheile selbst schon eine Frist zur Eidesleistung aus Versehen bestimmte *). Denn

*) Dieses Versehen, welches übrigens häufig vorkommt, ist um so auffallender, als die Partei nicht für sich allein den Act der Eidesleistung vollziehen kann, sondern der Richter dabei wesentlich mitwirken, auch die Gegenpartei von Letzterm zur Anwohnung dabei aufgefordert werden muß; es daher gar nicht einmal in der Macht der zur Folgeleistung bereiten Partei liegen würde, innerhalb der

Digitized by Google

5) jedenfalls hätte auch dieſe Friſt, damit das Urtheil mit §. 599 der Prozeßordnung nur einigermaßen im Einklang ſtünde, erſt vom Beginnen der Rechtskraft des Urtheils ſelbſt ihren Anfang nehmen können.

6) Der Eid wurde daher zu frühzeitig (alſo mit Unrecht) für verweigert erklärt und damit ſogar eine weſentliche Vorſchrift des Verfahrens verletzt.

7) Hinſichtlich des zweiten Geſuchs des Appellanten wurde in den Entſcheidungsgründen nur bemerkt, daß ſolches nach der vom Appellanten gegebenen Auslegung ſeines Begehrens unſtatthaft ſei, wenn bei ergriffener Berufung gegen ein unterrichterliches Erkenntniß der Oberrichter ſich in Bezug auf letzteres nur darüber ausgeſprochen habe, ob es zu beſtätigen, abzuändern oder aufzuheben ſei *). Kirn.

III.

Rechtsfall über den §. 1226 der Prozeßordnung.

Bei dem Bezirksamte N. zeigte der Anwalt des Klägers in einer ſich zum abgekürzten Verfahren eignenden Prozeßſache gegen das Erkenntniß die Berufung an, und ſtellte das Anſuchen, daß in Gemäßheit des §. 1226 der Prozeßordnung die Ausſtellung und Verhandlung der Beſchwerden vor dem urtheilenden Unterrichter geſchehen ſolle, daher der Appellat, unter Mittheilung des Duplikates der Berufungsanzeige, zur Erklärung aufgefordert werde, ob er hiezu einwillige.

Der aufgeſtellte Reſpizient projektirte hierauf die Verfügung, daß dieſem Geſuche nicht Statt zu geben ſeie, weil der Unterrichter zwar die Pflicht habe, die Appellationsverhandlungen zu pflegen, wenn die Parteien übereinſtimmen, ein ſolches Uebereinkommniß aber zu erheben nicht Sache des Unterrichters ſeie, daher die Acten an die Kanzlei des Hofgerichts abgeſendet werden ſollten.

Dieſem projektirten Beſchluſſe wurde jedoch von dem Beamten das Placet verſagt, und dem beklagten Appellaten die Doppelſchrift der Berufungsanzeige mit der Auflage mitgetheilt, in beſtimmter Friſt ſeine Einwilligung in das Begehren des Appellanten anzuzeigen, widrigenfalls angenommen würde, daß er nicht einwillige und ſofort die Akten abgeſendet werden ſollten.

Letztere Verfügung ſcheint jedoch nicht dem §. 1226 der Prozeßordnung angemeſſen, und es dürften für die Anſicht des Reſpizienten folgende Gründe ſprechen:

Die Regel iſt, daß die Ausſtellung und Verhandlung der Appellationsbeſchwerden vor dem Obergerichte geſchieht, daher auf die Anzeige eines Theiles, daß er gegen das Erkenntniß des Untergerichtes appelliren wolle, die Acten von dem Letztern ohne Verzögerung an die Kanzlei des Obergerichtes abgeſendet werden, ſomit iſt in der Regel die Thätigkeit des judex a quo vom Augenblicke der geſchehenen Berufungsanzeige ſuspendirt.

Dieſe Regel leidet jedoch durch den §. 1226 der Prozeßordnung eine Ausnahme, da der Unterrichter, wenn die Parteien übereinſtimmen, hier noch weiter zu handeln hat, wohlgemerkt, wenn die Parteien übereinſtimmen.

Daß aber eine Uebereinſtimmung der Parteien nicht vorhanden iſt, wenn der Appellant ſtillſchweigend ſelbſt zugibt, ich habe den Gegentheil noch gar nicht gefragt, ob er mit mir einverſtanden iſt, ſpringt von ſelbſt in die Augen, mithin darf der Richter, da die Uebereinſtimmung noch nicht vorhanden, ſein Geſchäft aber nach erfolgter Berufungsanzeige bis zu der ihm kund gewordenen Uebereinſtimmung aufhört, ohne Verletzung ſeiner Pflicht, gar nicht mehr handeln.

Der Buchſtabe des Geſetzes, noch mehr aber die Regel, daß Ausnahmen ſtreng auszulegen ſind, ſpricht alſo dafür, daß es reine Sache der Parteien iſt, ſich freiwillig hierüber zu vereinigen, und es liegt auch ganz in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher von einer Rechtswohlthat (welche zweifelsohne im §. 1226 enthalten iſt), Gebrauch machen will, ſich ſelbſt bemühen muß, ohne erſt den Richter zu ſeinem Boten zu machen, welchem das Geſetz nicht auferlegen kann und auch nicht auferlegt, für die Parteien etwas zu thun, was ſie ſelbſt thun können.

Nach §. 537 der Prozeßordnung geſchieht die Ernennung der Sachverſtändigen von den Parteien gemeinſchaftlich, und ſind ſie nicht einig, durch den Richter. So viel mir bekannt, iſt es aber noch keinem Richter eingefallen, wenn der Produzent den A als Sachverſtändigen vorſchlagen wollte, den Gegentheil zur Erklärung aufzufordern, ob er mit dieſem Vorſchlag übereinſtimme, und wenn er ſich in beſtimmter Friſt hierüber nicht erkläre, ſo ſolle von Amtswegen ein Sachverſtändiger ernannt werden; die Praxis iſt wohl darüber einverſtanden, daß der Fall des §. 537, Abſatz 2 in dem Augenblicke vorhanden iſt, wo der, welcher einen Beweis durch Sachverſtändige zu führen übernimmt, die desfallſige Prozeßſchrift einreicht, ohne zugleich nachzuweiſen, daß er mit dem Gegner ſich über die Perſon des Experten vereinigt hat.

Kann aber hier dem Produzenten zugemuthet werden, mit ſeinem Gegner ſich zu benehmen, warum nicht viel eher dem Appellanten, welcher eine Wohlthat des Geſetzes für ſich in Anſpruch nehmen will?

Betrachtet man aber auch noch, abgeſehen von der gewiß nicht im Sinne des Geſetzes liegenden Verzögerung, welche durch Aufforderung des Appellaten zur Erklärung ſeiner Einwilligung entſtehen muß, den möglichen Fall, daß, während die Abgabe dieſer Erklärung erwartet wird, die 21tägige Friſt zur Einreichung der Appellationsbeſchwerdeſchrift ablaufen kann, und nun der Appellat, ſtatt der erwarteten Erklärung, eine Bitte um Deſerterkenntniß des Rechtsmittels einreicht, ſo wird die Anſicht des Reſpicienten, ſowohl nach dem Wortlaute, als dem Sinne des Geſetzes, ſo wie argumento ab absurdo gerechtfertigt erſcheinen.

Brentano.

---

richterlich beſtimmten Friſt den ihr aufgetragenen Eid auszuſchwören, wenn ihr der Richter nicht ſelbſt dazu Gelegenheit giebt. K.

*) Das zweite Geſuch konnte um ſo mehr mit kurzen Worten abgefertigt werden, als es kaum Ernſt damit geweſen ſeyn dürfte. Denn es ſtand dem appellantiſchen Anwalt, wenn er die Rechtskraft des Urtheils vom 11. Mai hemmen wollte, zur Zeit, als er die Appellation gegen das Purificationserkenntniß einführte, auch noch das Rechtsmittel der Appellation gegen das erſtere Urtheil zu Gebot, da die 42tägige Nothfriſt hiefür noch nicht umfloſſen war. K.

Hauptredacteur: Miniſterialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 23. | Karlsruhe den 10. Juni 1837.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über Wilderei. Strenge Bestrafung von fünf Inculpaten.

Fünf Einwohner von Schutterwald, worunter ein Vater mit zwei Söhnen, deren jüngster von 19 Jahren als Treiber diente und unbewaffnet war, giengen auf die Jagd, und einige von ihnen hatten bei dem Ausgang schon die Röcke gewechselt. Vormittags wurden sie nun von einem grundherrlichen Jäger getroffen, der sie, mit seiner Flinte auf sie anschlagend, aufforderte, fortzugehen, sie stellten sich hinter eine Eiche, schlugen mit ihren Gewehren auf den Jäger an, indem sie ihm zuriefen, er solle fortgehen, worauf er versprach, nicht zu schießen, sie sollten aber auch nicht schießen, was sie ihm zusagten, dabei machten sich noch Zwei der auf die Jagd Ausgegangenen mit Pulver Schnurbärte in das Gesicht. Der Jäger gieng nun fort, um ihn aber für sie unschädlich zu machen, ward der Jüngste, der Treiber, ihm nachgesendet, um ihn zu halten, dieser rang mit ihm, beide kamen auf den Boden, und da der ältere Bruder dabei sah, daß der Jäger beide Hahnen seines Gewehrs spannte, sprang er hinzu, entriß dem Jäger die Flinte und schoß sie in die Luft ab, er nahm ihm auch das Pulver und Blei, da ihm aber der Jäger vorstellte, daß er noch einen Fasanen brauche, so gab er ihm wieder alles zurück, und ohne daß der Jäger weiters geschlagen oder mißhandelt worden wäre, giengen die einen, den Jäger wiederholt auffordernd und bedrohend, den Wald zu verlassen, dorthin, der andere dahin und schieden so auf freundschaftliche Weise. Der Jäger machte aber die Anzeige, die Inculpaten gestanden ein und wurden jeder zu zehn Jahren Zuchthausstrafe verurtheilt, weil man annahm, daß sie in Gesellschaft, bewaffnet und maskirt sich ihrer Verhaftung gewaltsam widersetzt und sich in einer, gleiche Strafe nach sich ziehenden, societas delinquendi — zu deutsch, mit gefangen mit gehangen — befunden hätten. Einer von den Fünfen stand im Geruche der Wilderei, doch war noch Keiner von Allen irgend je bestraft worden, außer daß der ältere der zwei Brüder, seit vier Jahren im Militär dienend, neben sonst sehr regelmäßiger Conduite, eine Disciplinarstrafe erhalten hatte, weil er einmal weiße Hosen anzog anstatt der Tuchhosen und sich so maskirte.

Ich halte dafür, daß dieses Urtheil mit allen ihm zu Grunde liegenden Unterstellungen sehr bestritten werden kann, und da diese Unterstellungen auf allgemeine, häufig vorkommende Grundsätze der Bestrafung der Wilderei zurückführen, so halte ich es für wichtig, sie zur Sprache zu bringen.

Die unverhältnißmäßige Strenge des Gesetzes hinsichtlich der Bestrafung der Wilderei fordert schon an und für sich den Richter auf, bei ihrer Aburtheilung die Voraussetzungen des Gesetzes strenge anzufordern, und da das vom Großherzog Ludwig erlassene provisorische Gesetz vom 4. Dec. 1823 selbst seine Absicht ausspricht, der mildern Auslegung des Gesetzes Raum zu geben, und im §. 5 gerade bei der Theilnahme die Berücksichtigung besonderer Milderungsgründe für den Richter vorschreibt, so wird man bei der Wilderei überhaupt so weit von Richteramtswegen mit der Strafe herabzugehen haben, als es die vernünftige, aber auch milde Auslegung des Gesetzes gestattet.

Die Ansicht nun, daß bei der von Mehreren unternommenen Wilderei eine societas delinquendi in der Art eintrete, daß alle Betheiligten eine gleiche Strafe treffen müsse, so wie ausgemacht sei, daß sie mit einander die Wilderei verübt hätten, halte ich für unrichtig und rechtlich ganz unmöglich, denn wenn Viere auf die Wilderei ausgehen und von Jägern betroffen werden, und nun der A. seiner Verhaftung sich gewaltsam widersetzt, der B. zu entfliehen sucht, der D., sein Gewehr wegwerfend, sich gutwillig ergiebt und der E. gar nicht bewaffnet war und sich gleichfalls ergiebt, auch nur der A. maskirt war, so halte ich es für nicht gesetzlich, wenn man Alle nach dem

Digitized by Google

Benehmen des A. gleichseitlich mit zehn Jahren Zuchthaus bestraft. Es ist eine anerkannte Sache, daß kein Gesetz besteht, welches bei allen Verbrechen die gleiche Bestrafung aller Complicen vorschreibt — Feuerbach, herausgegeben von Mittermaier §. 47, Note des Herausgebers — und wenn man nun dagegen sich auf den §. 78 des Strafedicts und Anhang Nr. 72 bezieht, so darf man dieses nicht, weil beide Bestimmungen nur für den Diebstahl bestehen. Man beruft sich aber auf den §. 5 des Gesetzes vom 4. Dec. 1823, worin die Anwendbarkeit des §. 78 des Strafedicts auch für die Wilderei vorgeschrieben seie, allein schon der in die Augen fallende Umstand, daß dabei der die besondern Qualificationen des Diebstahls betreffende §. 72 des Anhangs nicht erwähnt wird, hätte schon darauf aufmerksam machen sollen, daß durch alleinige Anführung des §. 78 des Strafedicts noch nicht die gleiche Bestrafung aller Mitwilderer, trotz ihrer besondern Qualificationen ihres Benehmens, vorgeschrieben ist, und hätte man den §. 5 ganz gelesen und ihn mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes verglichen, so würde man sich bald überzeugt haben, daß er keineswegs die gleiche Bestrafung der gemeinschaftlichen Wilderer ohne alle Rücksicht auf ihre besondern Qualificationen vorschreibt. Das Gesetz hat nämlich offenbar den Zweck, die Wilderei als selbstständiges Verbrechen genauer zu bezeichnen und von den andern damit in Verbindung stehenden Vergehen des Wilddiebstahls, des Wildraubs und des Jagdfrevels bestimmter zu unterscheiden, und wenn es nun die unmittelbaren Theilnehmer an einer Wilderei im §. 5 zur gleichen Bestrafung, wie den Verbrecher selbst verurtheilt, so geht aus dem Ende des §., wo es den mittelbaren Theilnehmer nur zu einer polizeilichen Strafe verfällt, ganz bestimmt hervor, daß es nur so viel sagen will, daß der unmittelbare Theilnehmer an einer Wilderei auch als Wilderer bestraft werden soll und nicht als Jagdfrevler, oder als Wilddieb. Daß er aber auch nach allen Qualificationen des Hauptverbrechers bestraft werden soll, ist nicht vorgeschrieben und konnte nach §. 3b. nicht vorgeschrieben werden, weil dorten die Maskirung, die Betretung in Gesellschaft, die thätliche Widersetzlichkeit, die Wiederholung des Vergehens nur als zufällige, die Größe des Vergehens und der Strafe modificirende Merkmale, keineswegs aber als Bedingungen des Thatbestands der Wilderei angeführt werden, und man nun nicht anzunehmen berechtigt ist, daß das milde Bestrafung beabsichtigende Gesetz die alle Gerechtigkeit und selbst die Bestimmungen des absichtlich gemilderten §. 91 des Strafedicts weithin überschreitende Vorschrift treffen wollte, daß die Theilnehmer an einer Wilderei nach den zufälligen, nur die Größe der einzelnen Strafe bestimmenden Merkmalen der Thathandlungen des einen oder des andern Mitwilderers in der Art gleich bestraft werden müßten, daß die bei einem Theilnehmer vorgekommenen Zufälligkeiten auch dem andern, bei dem sie nicht eintreten, in der dadurch besonders modificirten Strafe aufzurechnen seien. Man muß doch offenbar zugeben, daß das die Strafe modificirende Merkmal der Wiederholung des Vergehens bei einem der Wilderer nicht den andern Mitwilderern in ihrer erstmaligen Bestrafung aufgerechnet werden kann, und wenn dieses zufällige Merkmal auf dem liegen bleibt, den es trifft, so müssen auch die andern zufälligen Merkmale der Maskirung, der Betretung ꝛc. auf jenen liegen bleiben, bei denen sie vorkommen. Mir ist es daher ganz klar, daß die Bestimmung des §. 5 des Gesetzes vom 4. Dec. 1823 nur dahin zu verstehen ist, daß in dem Fall, wo einmal eine Wilderei vorliegt, die unmittelbaren Theilnehmer auch als Wilderer bestraft werden müssen. Sie sind dann Wilderer in Gesellschaft, und dafür ist ein Jahr Zuchthaus der allgemeine Ausgangspunkt ihrer Strafe, alle fernern Vorkommenheiten der Bewaffnung, der Maskirung, der Widersetzung, der Wiederholung, des Entfliehens, des Wegwerfens der Waffen, der gutwilligen Ergebung sind zufällige Merkmale der Strafen der Einzelnen, welche auch nur bei den Einzelnen eintreten und so wenig dem sich gewaltsam Widersetzenden die gutwillige Ergebung des Andern zu gute kommen kann, eben so wenig, oder vielmehr noch viel weniger, kann dem sich gutwillig Ergebenden die gewaltsame Widersetzung des Andern aufgerechnet werden. Schlimmstenfalls sind doch solche zufällige, gerade aber auf das Wesentliche der Wilderei, auf die subjective Gefährlichkeit sich beziehende Vorkommenheiten eines Falls besondere richterliche Milderungsgründe, und wer den sich gutwillig ergebenden, unbewaffneten, unmaskirten jugendlichen Treiber mit zehn Jahren Zuchthaus bestraft, wenn Einer oder der Andere der Gesellschaft von dieser Strafe betroffen wird, der glaube ja nicht, daß er dem Gesetze Genüge geleistet hat. Solche große Härte liegt nicht im Gesetze, und dann soll sie am wenigsten vom Richter hinein getragen werden. Es gibt bei der Wilderei keine societas delinquendi in der Art, daß alle Complicen gleichmäßig nach der Strafe des am höchsten gravirten Theilhabers gerichtet werden müssen, sondern sie sind nach ihren besondern Qualificationen zu richten, und eben weil das Gesetz vom 4. Dec. 1823 die subjective Gefährlichkeit als das Hauptmerkmal des Wildereiverbrechens aufstellt, nehme ich gar keinen Anstand, jenen Theilnehmer an einer Wilderei, bei dem alle Merkmale einer ob- und subjectiven Gefährlichkeit mangeln, nicht einmal der Wilderei zu strafen,

Digitized by Google

sondern, in Anwendung der darin liegenden besondern Milderungsgründe, ihn geringer zu behandeln und gelinder zu bestrafen.

Ist sonach die Unterstellung einer die gleiche Bestrafung mit zehn Jahren Zuchthaus nach sich führenden societas delinquendi wohl nicht gerechtfertigt, so wird sich auch die Annahme einer Maskirung nicht rechtfertigen lassen. Wer ein Vergehen, oder eine besondere Qualification desselben vornehmen will, der muß zu seiner Strafbarkeit auch solche Mittel ergreifen, welche die Erreichung seines Zwecks bedingen und möglich machen, und wer sich also unkenntlich machen will, der muß solche Mittel ergreifen, damit er auch unkenntlich wird. Wenn nun drei Landleute aus demselben Ort sich nur damit unkenntlich machen, daß sie ihre Röcke vertauschen, so scheint mir das eben so wenig eine Maskerade zu seyn, als jener Prorektor maskirt war, als er, Abmangels seiner Hosen, die Hosen eines Andern anzog. Das ist kein Mittel, sich unkenntlich zu machen, wenn man Statt seines Zwilchrocks den Zwilchrock des Nachbars anzieht, sonst müßte man Jeden als maskirt ansehen, der zum erstenmal einen neuen Rock an hat, und da sonach die Inkulpaten in Vertauschung ihrer Kleider kein Mittel ergriffen, wodurch sie die Unkenntlichkeit erreicht hätten, so waren sie so wenig für die Maskerade zu strafen, als der wegen Vergiftung zu strafen ist, welcher dem andern eine Kartoffel zu essen giebt, weil er glaubt, daß alle Kartoffeln giftig sind. Die zwei andern Inkulpaten haben sich aber erst dann ihre Schnurrbärte mit Pulver gemahlt, als sie schon vom Jäger angetroffen waren, als sie schon betreten waren, und da nun der §. 91 die besondere Qualification der Maskerade nur darauf setzt, wo der Wilderer schon maskirt angetroffen und betreten wird, so stand es dem Richter, am wenigsten bei der milder Auslegung sich erfreuenden Wilderei, zu, die Erfordernisse der schon bestehenden Maskirung mit der erst nach dem Betreten geschehenen Maskirung zu vertauschen. Wer zur offenen Thüre eines Hauses hineingeht, darin stiehlt und alsdann zum Fenster hinaussteigt, wird nicht wegen Diebstahls mit Einsteigen bestraft, und da die Qualification der Wilderei wegen Maskirung ihren Grund darin hat, daß man von dem auf die Jagd schon maskirt Ausgehenden mit Grund voraussetzt, daß er unter dem Schutz seiner Unkenntlichkeit dem ihn betretenden Jäger alsbald gefährlicher ist, so fällt dieser Grund der größern sujectiven Gefährlichkeit für den sich erst nach dem Betreten maskirenden Wilderer um so mehr weg, als er ja gerade bei dem Betreten, die Zeit zu seiner Maskirung, nicht zur Gefährdung des Lebens des Jägers verwendet. Die Gleichstellung mit dem vom Gesetz ausdrücklich vor dem Betreten verlangten Maskirtseyn, ist für das erst nachher geschehende Maskiren in keiner Weise zu rechtfertigen. Da man aber zur Erschwerung der Lage der Inculpaten sich auf die Anhangsnummer 72 bezog, so hätte man doch wenigstens die Analogie der Anhangsnummer 70 berücksichtigen und den Milderungsgrund des sich am Ort des Diebstahls erst bewaffnenden Diebs, auch für den sich erst am Orte des Betretens maskirenden Wilderer um so mehr richterlich beachten sollen, als ja gerade der §. 5 des provisorischen Gesetzes vom 4. Dec. 1823 bei der Wilderei die Beachtung besonderer Milderungsgründe dem Richter zur Pflicht macht und dieser Milderungsgrund den ältern Sohn der unglücklichen Familie getroffen hätte, der durch seine einzige Strafe wegen Anziehens von weißen Hosen in langjähriger Militärdienstzeit gewiß einen unbescholtenen Lebenswandel und eine große Sittlichkeit bewiesen hatte. Und zehn Jahre Zuchthaus mit dem Vater und dem 19jährigen Bruder.

Die fernere Unterstellung eines gewaltsamen Widerstandes ist aber gleichfalls sehr zu bestreiten. Wenn solche darin liegen soll, daß mehrere der Inkulpaten auf den Jäger angeschlagen haben, nachdem er auf sie angeschlagen hat, so folgt aus der Zusammenstellung des §. 91 b. mit dem §. 3 b. des Gesetzes vom 4. Dec. 1823, daß für die besondere Qualification der Wilderei durch Widersetzlichkeit eine gewaltsame, eine thätliche Widersetzung verlangt wird, und es fragt sich sonach, ob das Anschlagen mit dem Gewehr eine gewaltsame, eine thätliche Widersetzung ist. Ich bezweifle es schon nach dem Wortverstand, und da nach dem Gesetz vom 28. Dec. 1831 zwischen der thätlichen Widersetzlichkeit gegen jene mittelst Drohungen ein gesetzlicher Unterschied gemacht wird, so wird man auch bei der Wilderei annehmen müssen, daß der allein durch Drohungen verübte Widerstand kein gewaltsamer und thätlicher ist. Daß das Gesetz vom 28. Dec. 1831 später ist, macht nichts aus, denn die bestehenden Gesetze kommen für die unter ihnen sich ereignenden spätern Fälle zur gemeinsamen Anwendung, und daß es nur auf die Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt geht, beweist gerade, daß es noch um so mehr auch für die Wilderei gilt, weil man doch wohl nicht annehmen kann, daß der Staat die Widersetzlichkeit gegen seine zur Ausübung des öffentlichen Diensts bestimmten Beamten weniger gefährlich und leichter zu nehmen, ansehen wird, als den Widerstand gegen den die Hasen und Rehe schützenden Jäger eines Privaten. Daß der Jäger bei Betretung der Wilderer mehr in Lebensgefahr ist, als wie ein öffentlicher Beamter, ist, zumal bei dem Gendarmen und insbesondere dem gegenüber bewaffneten Schwärzern

Digitized by Google

sich befindlichen Gränzaufseher, unwahr, und wenn auf diesen Grenzaufseher nach §. 22 des Zollstrafgesetzes das Gesetz der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Gewalt paßt, so wäre es eine wirkliche Ironie, wenn man annehmen wollte, daß der Schutz eines Wildschweins schärfere Maßregeln nöthig machte, denn der Schutz der Handhabung aller Gesetze und der öffentlichen Ordnung überhaupt. Wenn man hier immer von der Lebensgefahr des Jägers bei den Drohungen der Wilderer spricht und deswegen glaubt annehmen zu müssen, daß der Widerstand mittelst Drohungen dem gewaltthätigen Widerstand gleichstehe, so bedenkt man nicht, daß ja auch der mit alleinigen Drohungen Widerstand leistende Wilderer immer noch hart genug, z. B. in Gesellschaft, unbewaffnet mit vier Jahren Zuchthaus, bestraft wird, und indem ich keinen Anstand nehme, einem Jäger wie einem Gendarmen — conf. Annalen 1834 Nr. 15 I. — oder einem Gränzaufseher nach dem Gesetze vom 28. Aug. 1835 das Recht der Nothwehr zuzusprechen, so sehe ich nicht ein, warum der Richter in dem Fall, wo es bei Drohungen geblieben ist, nun solche dem höhern Grad der gewaltsamen, thätlichen Widersetzlichkeit gleichstellen soll. Ueberdies muß die Widersetzlichkeit des Wilderers nach §. 91 des Strafedicts auf den Zweck gerichtet seyn, sich der Verhaftung zu entziehen, und da nun hier der Jäger gar nicht vor hatte, die Wilderer zu verhaften, er ihnen vielmehr nur zurief, sie sollten fortgehen, so war das Anschlagen mit den Gewehren auf den zuerst auf sie anschlagenden Jäger keineswegs Widerstand gegen ihre Verhaftung, sondern nur das Mittel, den Jäger vom Schießen abzuhalten, und indem die Wilderer läugneten, daß es ihnen mit dem Schießen Ernst war, wird dieses dadurch bestätigt, daß sie ja dem Jäger zusicherten, nicht zu schießen, wodurch wohl jede Idee an einen gewaltsamen Widerstand gegen ihre Verhaftung beseitigt ist. Sucht man aber den gewaltsamen Widerstand in der Festhaltung des Jägers und in der Entreißung seines Gewehrs, so ist vor Allem zu bedenken, daß diese Handlungen erst geschahen, als der Jäger sich schon von den Wilderern entfernt hatte und daß also dabei von einem Widerstand gegen ihre Verhaftung keine Rede seyn kann. Die Wilderer geben als Zweck dieser Handlungen nur den an, den Jäger sich unschädlich zu machen, und wenn man nun bedenkt, daß der jüngste, unbewaffnete den Jäger festhielt und daß sein Bruder erst dann beisprang, als der Jäger beide Hahnen an seinem Gewehr gespannt hatte, so muß man doch wohl annehmen, daß hierin eine gewaltsame Widersetzlichkeit nicht liegt. Der Unbewaffnete konnte den bewaffneten Jäger in keine große Lebensgefahr bringen, und da der Bruder nur beisprang, um von seinem Bruder die Lebensgefahr abzuwenden, in der er sich dadurch befand, daß der Jäger seine Hahnen spannte, so läßt sich eine Gefahr für den Jäger um so weniger finden, als der Beigesprungene dem Jäger nur die Flinte entriß, sie in die Luft abschoß und sie ihm wieder mit dem Pulver und Blei zurückgab, ohne daß er oder ein Anderer ihm auch nur die geringste Mißhandlung zugefügt hätte. Die Gewaltthätigkeit von Seiten des Bruders, der dem Jäger die Flinte entriß, war jedenfalls kein Widerstand gegen die Verhaftung, sondern nur Rettung des Bruders aus Lebensgefahr; der jüngste, unbewaffnete Inkulpat beabsichtigte aber in der Festhaltung des Jägers auch keinen Widerstand gegen seine Verhaftung, und hätte man noch den Umstand näher untersucht und zu den Acten gebracht, daß dieser letzte Inkulpat bei der ersten Verabredung des Jagens gar nicht war, sondern als Treiber, wahrscheinlich nur auf seines Vaters Befehl, dem er als 19jähriger Sohn gehorchen soll, mitgieng, so wäre auch dieser Umstand gewiß ein gewichtiger Milderungsgrund gewesen. Bedenkt man dazu noch, daß nach dem Zollstrafgesetz, dessen Strenge man so sehr heraushebt, die Mitglieder bewaffneter Schwärzerbanden, welche von ihren Waffen wirklichen Gebrauch gemacht und mehrere der Gränzaufseher lebensgefährlich verwundet haben, im alleräußersten Fall nach §. 24, 25 nur zu einer sechsjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt werden können, so erscheint die hier gegen fünf Menschen erkannte zehnjährige Zuchthausstrafe sicher zu hart, zumal da doch von den Waffen kein wirklicher Gebrauch gemacht wurde und der ganze Verlauf der Sache bewiesen hat, daß allen Inkulpaten eine wirkliche subjective Gefährlichkeit gar nicht inwohnte.

Allerdings sind nun die Inkulpaten der Gnade empfohlen worden, und ich bin auch überzeugt, daß, wenn ihr Rekurs zu Recht verworfen werden sollte, die Begnadigung, in Berücksichtigung rechtlicher, daraus geschöpfter Gründe, daß die Voraussetzungen des Gesetzes gar nicht vorhanden sind, nicht ausbleiben wird. Denn wenn man bedenkt, daß eine alle Inkulpaten sich ganz gleichstellende societas delinquendi bei der Wilderei nicht besteht, daß eine Maskirung im Sinne des Gesetzes nicht vorlag, eben so wenig eine gewaltsame Widersetzung gegen die Verhaftung hier zu finden ist, und daß besondere Milderungsgründe nach §. 5 des Gesetzes vom 4. Dec. 1835 schon vom Richter zu berücksichtigen waren, der Mangel aller subjectiven Gefährlichkeit aber hier wohl anzunehmen ist, wo dem Jäger gar keine Mißhandlung geschah, so hätte schon der Richter nach §. 91, lit. a. b. gegen den Rädelsführer, der die Andern zur Wilderei beredete, ihnen die Waffen lieferte, auf vier Jahr Zuchthaus, gegen die beiden Andern ältern auf zwei Jahre Zuchthaus

Digitized by Google

erkennen dürfen. Der ältere, ganz unbescholtene Bruder wäre mit einem Jahre Zuchthaus genugsam bestraft gewesen, und hätte es sich bei dem jüngsten, unbewaffneten Treiber herausgestellt, daß er nur auf Geheiß des Vaters mitgegangen ist, so wäre seine Strafe, welche ihren Maßstab von einem Jahr Zuchthaus nimmt, so herabzusetzen gewesen, daß er mit einem Vierteljahr Correctionshaus richterlich genug bestraft gewesen wäre. Und dann hätte es sich erst noch gefragt, ob man nicht insbesondere den ältern Bruder, der ganz unbescholten ist und zum erstenmal auf die Jagd gieng, auch noch der Gnade dahin hätte empfehlen sollen, daß seine Zuchthausstrafe mindestens in Correctionshausstrafe verwandelt würde. Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Wilderei wegen ihrer Gefährlichkeit für die Sicherheit der Jäger strenger zu bestrafen ist, als das eigentliche Vergehen, die Verletzung des Jagdrechts, verlangt. Allein wenn man, wie hier, einen Fall vor sich hat, wo nun Einer ein Gewohnheitswilderer seyn soll, und wo durch das Benehmen Aller erwiesen war, daß, trotz ihrer Drohungen mit Todtschießen, ihnen doch keine subjective Gefährlichkeit inwohnte, so hätte der vom Gesetz hier selbst angerathenen Milde keine anderswoher, und unrichtig genug entnommene Rücksicht entgegenstehen sollen.

Dieser Vorfall beweist aber, wie dringend nothwendig das Erscheinen eines vollständigen Strafrechts ist. Obschon die Criminalsachen offenbar causae majores sind, so zeigt doch die Erfahrung überall, daß sie vergleichungsweise mit den Civilsachen diesen nachgestellt werden und daß die meisten sonst tüchtigen Juristen ihr Studium mehr auf das Civilrecht und auf die Prozeßordnung, denn auf das, allerdings, wegen der nöthigen Berücksichtigung des gemeinen deutschen Strafrechts, schwierigere für uns geltende Strafgesetz richten. So kommt es häufig, daß man, insbesondere in Unbekanntschaft mit den allgemeinen Vorschriften des gemeinen deutschen Strafrechts, besondere Bestimmungen unserer Partikulargesetzgebung für gewisse Verbrechen auf andere ganz verschiedene Verbrechen ausdehnt und sich so selbst aus speciellen Vorschriften ein allgemeines Strafrecht bildet, welches nur hart und ungerecht seyn kann. So nahm man hier keinen Anstand, aus dem §. 78 des Strafedicts und insbesondere aus der Anhangsnummer 72 eine auch die Qualificationen der Wilderei gleichseitlich umfassende societas delinquendi zu unterstellen, obschon diese Vorschrift sich nur auf gefährliche Diebstähle bezieht und nicht einmal für Diebstähle im Allgemeinen aus dem §. 78 des Strafedicts folgt, indem es in der Anhangsnummer 72 heißt: wer zu einem gefährlichen Diebstahl in Verbindung mitwirkt, und nicht: wer zu einem Diebstahl mitwirkt. Um die Anhangsnummer 72 anwenden zu können, muß man sich gerade zu einem gefährlichen Diebstahl verbunden haben, und wer sich zu einem einfachen Diebstahl verbindet und z. B. Wache steht, während der wirkliche Dieb sich am Orte des Diebstahls bewaffnet, kann nicht des bewaffneten Diebstahls mitbestraft werden. Bevor wir aber nicht ein vollständiges Strafgesetzbuch erhalten, werden wir nicht eine feste, auf gerechte und wahre allgemeine Grundsätze gebaute Strafgerechtigkeitspflege erreichen, denn gerade dieser ermangelt unsere Partikularstrafgesetzgebung, und gerade dieser festen, oberen Grundsätze bedarf die Strafgerechtigkeitspflege am allermeisten.

Sander.

II.

Rechtsfall über die Anwendung des §. 661 der Prozeßordnung.

Während die D'sche Ehefrau, welche von ihrem Ehemann factisch getrennt lebt, den Vollzug eines Urtheils auf Vermögensabsonderung durch einen Anwalt bei dem Unterrichter betreiben ließ, hatte F. B. auf einen schon vorher wegen einer Darlehforderung von 500 Gulden gegen sie gelösten bedingten Zahlbefehl die richterliche Liquiderklärung dieser Forderung auf den Grund des §. 723 der Prozeßordnung erwirkt und nach Ablauf der vierzehntägigen Wiederherstellungsfrist um Hilfsvollstreckung gebeten.

Nachdem diese letztere erkannt war, wurde von dem Anwalt der Beklagten ein Wiederherstellungsgesuch auf den Grund des §. 661 der Prozeßordnung übergeben und als Verhinderungsursache zum Vortrag von Einreden innerhalb der Wiederherstellungsfrist von 14 Tagen angeführt, daß sich die Beklagte seit dem Tage der Zustellung des fraglichen Liquiderkenntnisses bis auf diese Stunde in einem solchen krankhaften Körperzustande befinde, daß es ihr unmöglich gewesen sei, die gesetzliche Frist zur Wiederherstellungsbitte zu benutzen, oder auch nur einem Bevollmächtigten die gehörige thatsächliche Instruction zu ertheilen.

Das Wiederherstellungsgesuch schließt mit den Worten: „Indem ich in Anlage 2 (die Anlage 1 enthält die Vollmacht des Anwalts) diese Verhinderungsursache durch Production eines ärztlichen Originalzeugnisses vom Heutigen bescheinige, stelle ich unter Beziehung auf §. 661 der Prozeßordnung die Bitte um Wiederherstellung ꝛc.“

Der Unterrichter hat hierauf verfügt:

„Da mit dem Wiederherstellungsgesuch der Beklagten wohl ein ärztliches Zeugniß darüber beigebracht wurde,

Digitized by Google

daß dieselbe wegen bedeutender Brustleiden abgehalten worden sei, sich den Einflüssen der äußern Luft auszusetzen und daß es ihr auch unmöglich geworden, irgend an Geschäftsverhandlungen, ohne großen Nachtheil für ihre Gesundheit, Antheil zu nehmen, dieses Zeugniß aber, nach §. 395 der Prozeßordnung, weiter nichts als eine Bescheinigung der oben bemerkten Krankheitsumstände gelten kann, wogegen der §. 661 der Prozeßordnung wenigstens die Antretung des Beweises über die zur Begründung des Wiederherstellungsgesuchs angeführte Hinderungsursache zur Zuläßigkeit der Wiederherstellung voraussetzt, da ferner, wenn man auch annehmen wollte, daß die Beklagte, vermöge ihrer körperlichen Leiden, nicht im Stande war, eine Wiederherstellungsbitte gegen das ergangene Liquid-, respve. Versäumungserkenntniß vom 29. Oct. d. J. selbst niederzuschreiben, dieselben es doch nicht verhindert haben konnten, sich dazu eines Anwalts zu bedienen und denselben zu sich in ihre Wohnung zu bitten, was sich auch daraus ergiebt, daß die Beklagte in der Zeit, welche das ärztliche Zeugniß als den Anfang ihrer Krankheit bezeichnet, den hier aufgetretenen Anwalt zur Betreibung des Vollzugs ihrer Vermögensabsonderung bevollmächtigt hat."

„Aus diesen Gründen wird, mit Bezug auf §. 400 und 664 der Prozeßordnung das Wiederherstellungsgesuch der Beklagten vom 30. Nov. 1836, unter Verfällung derselben in die Kosten, verworfen."

Dagegen hat die Beklagte die Appellation angemeldet und ausgeführt, und das großherzogl. Hofgericht des Mittelrheinkreises erkannt:

Daß das Decret des Oberamts Lahr vom 1. December 1836, besagend:

> Wird das Wiederherstellungsgesuch der Beklagten vom 30. v. M., unter Verfällung derselben in die Kosten, verworfen —

dahin abzuändern sei, daß die gebetene Wiederherstellung zuzulassen und dem Unterrichter die weitere rechtsgeeignete Verfügung auf die Eingabe der Klägerin vom 30. Nov. v. J. zu überlassen sei, unter Verurtheilung des Imploranten Appellaten B. in die Kosten dieser Instanz.

V. R. W.

Die Entscheidungsgründe dieses abändernden Urtheils sind folgende:

Implorat Appellat B. erwirkte unterm 17. Sept. v. J. bei dem Oberamt L. gegen die Handelsmann D'sche Ehefrau einen bedingten Zahlungsbefehl auf die Summe von 500 Gulden, sammt einjährigen Zinsen, und unterm 9. Nov. c. a. hierauf ein Liquiderkenntniß, welches die Imploratin in Rechtskraft übergehen ließ, unterm 30. Nov. jedoch ein Wiederherstellungsgesuch auf den Grund des §. 661 der Prozeßordnung übergab. Dieß wurde vom Unterrichter verworfen, und hiergegen ist die vorliegende Appellation gerichtet.

In Erwägung nun

1) daß der Unterrichter bei seinem Motive, es sei nur eine Bescheinigung der angeführten Krankheitsumstände, nicht nach §. 661 eine Beweisantretung über die zur Begründung des Wiederherstellungsgesuchs angeführte Hinderungsursache beigebracht worden, nirgends sich ausspricht, in welcher Beziehung er die Beweisantretung mangelhaft finde, daß jedoch

2) in einem Fall, wie der gegenwärtige, ein anderes Beweismittel als das Zeugniß des, oder der den Kranken behandelnden Aerzte nicht zuläßig seyn kann, indem ein Urkundenbeweis an sich undenkbar, ein Zeugenbeweis aber um deswillen unstatthaft wäre, weil es sich nicht von einer allgemeinen Wahrnehmung, wozu Jedermann fähig ist, sondern von einem Kunsturtheil handelt, wozu nur Sachverständige und namentlich nur solche, welchen die individuellen Krankheitsverhältnisse speciell bekannt sind, geeignet seyn können *); überdieß auch

3) nicht einmal der Erfüllungseid zugelassen werden dürfte, da ein Kranker der Regel nach als unfähig angenommen werden muß, über seinen Zustand eine richtige Ansicht zu fassen, daß aber auch

4) ein solches ärztliches Zeugniß keiner eidlichen Bestätigung bedarf, sondern nach §. 546 in fine beurtheilt werden muß **), aus welchem allem folgt

---

*) Dies ist eine starke Behauptung. Darnach wäre da, wo kein Arzt zugezogen wurde, der Beweis einer vorhanden gewesenen Krankheit gar nie zu führen.

Wenn gleich die Aerzte geschickter sind, über einen vorhanden gewesenen Krankheitszustand Zeugniß zu geben, so sind doch auch andere Leute noch im Stande, äußere Erscheinungen der Krankheit wahrzunehmen und über diese Erscheinungen Zeugniß zu geben.

Wäre es dann nach diesen, durch gewöhnlichen Zeugenbeweis herzustellenden äußern Erscheinungen dem Richter als Nichtarzt noch zweifelhaft, ob eine Krankheit und in welchem Maße vorhanden gewesen sei, so hätte er darüber nach §. 540 der Prozeßordnung das Gutachten von Aerzten als von Sachverständigen einzuholen. D. R.

**) Der §. 546 in fine sagt nur, daß, wenn ein Sachverständiger im Voraus für Begutachtungen einer gewissen Art im Allge-

Digitized by Google

5) daß die D'sche Ehefrau, den einzig möglichen und zulässigen Beweis richtig angetreten hat, und allenfalls höchstens hätte beanstandet werden können, daß mehrerwähntes Zeugniß der Beglaubigung seiner Echtheit ermangle, welcher Anstand sich aber dadurch wieder hebt, daß es alsdann nur das Oberamt L. selbst gewesen seyn würde, von welchem die etwa bezweifelte Echtheit hätte geprüft und beurkundet werden müssen. —

In fernerer Erwägung

6) daß das zweite unterrichterliche Motiv: weil die D'sche Ehefrau in der Zeit, welche das ärztliche Zeugniß als den Anfang ihrer Krankheit bezeichnet, den hier aufgetretenen Anwalt in einer andern Sache bevollmächtigt habe, durchaus unstatthaft ist, indem es dem Richter nach §. 427 der Prozeßordnung nicht zusteht, vom Inhalt anderer Acten von Amtswegen Gebrauch zu machen; aber auch

7) jene Folgerung nicht einmal sofort als richtig angenommen werden kann, da dies auch nur in den Bereich eines Kunsturtheils gehören würde.

8) In Anbetracht endlich des §. 721 und 1223; dann, was die Kosten betrifft, des §. 663 und 169 der Prozeßordnung, mußte erkannt werden wie geschehen.

Nachstehende Bemerkungen gegen diese Reformatoria, dürften der unbefangenen Beurtheilung in diesen Blättern nicht ganz unwerth erscheinen.

Vor Allem muß es auffallen, daß, da der Anwalt der Restitutionsklägerin selbst das mit seinem Restitutionsgesuch übergebene ärztliche Zeugniß eine bloße Beschreinigung nennt, was es nach Ansicht des von dem Unterrichter angeführten §. 395 der Prozeßordnung auch allein ist, das Obergericht in seinen Entscheidungsgründen gleich Anfangs bemerkt, der Unterrichter habe sich nirgends ausgesprochen, in welcher Beziehung er die Beweisantretung mangelhaft finde. — Diese Mangelhaftigkeit springt, wenn das erwähnte Zeugniß nur als Bescheinigung gilt, doch wohl klar in die Augen, da eine Bescheinigung nicht auch zugleich eine Beweisantretung seyn kann.

In dem vorliegenden, in unserer Prozeßordnung allerdings nicht vorgesehenen Falle, läßt es sich nun zwar nicht läugnen, daß der Restitutionsklägerin ein anderes Beweismittel, als das Zeugniß, oder, wenn man so will, Kunsturtheil des sie behandelnden Arztes nicht zu Gebote stand, allein deswegen bleibt dieses blos außergerichtlich abgegebene Zeugniß nach §. 393 der Prozeßordnung vorläufig nichts mehr und nichts weniger, als eine Bescheinigung, und eine solche ist zur Zulässigkeit eines derartigen Wiederherstellungsgesuchs nach §. 661 der Prozeßordnung nicht hinreichend; letzterer erklärt vielmehr, ein solches Restitutionsgesuch ausdrücklich nur dann für zulässig, wenn die nachsuchende Partei sogleich mit dem Gesuch den Beweis führt, oder wenigstens antritt, daß sie wegen Krankheit ꝛc. die gesetzliche Frist zur Bitte um Wiederherstellung nicht habe benützen können ꝛc.

Die Restitutionsklägerin hätte daher, nach §. 538 der Prozeßordnung, den ihr obliegenden Beweis etwa dadurch antreten sollen, daß sie, unter Anführung der Gründe, warum der praktizirende Arzt M. allein Kenntniß von ihrem Krankheitszustand habe und darüber ein Kunsturtheil fällen könne, denselben dem Gericht als Sachverständigen *) in Vorschlag gebracht, und gebeten hätte, entweder die Gegenpartei darüber zu hören, oder ihn sofort von Amtswegen als Sachverständigen zu ernennen und dann nach §. 539 der Prozeßordnung zu verfahren.

Erst in Folge einer solchen gerichtlichen Ernennung oder Uebereinkunft mit der Gegenpartei, hätte dann sein, vor Gericht abzugebendes oder den gerichtlichen Acten beizulegendes Kunsturtheil denjenigen Beweis hergestellt,

---

meinen aufgestellt und verpflichtet sei, es im einzelnen Falle einer besondern Beeidigung desselben nicht mehr bedürfe.

Damit ist aber nicht gesagt, daß selbst ein außergerichtliches Zeugniß eines solchen Sachverständigen die gleiche Wirkung habe, wie eine gerichtliche Deposition. Nur wenn er vor Gericht abgehört wird, soll eine specielle Beeidigung immer umgangen werden, und darin liegt der einzige Unterschied zwischen der Beweisführung durch einen solchen, und zwischen jener durch einen andern Sachverständigen.

Ein bloß außergerichtliches Zeugniß des Arztes, d. h. ein solches, welches er weder vor Gericht, noch auf gerichtliche Veranlassung abgelegt hat, kann nur nach §. 395 als Bescheinigung dienen, seine Vorlage kann aber in keinem Fall als eine wirkliche Beweisantretung, wie der §. 661 sie fordert, gelten.

D. R.

*) Als Zeuge und nicht als Sachverständiger war der Arzt vorzuschlagen. Es sollte ja durch ihn nicht ein vorhandener Zustand begutachtet, sondern über eine vorübergegangene Thatsache Zeugniß abgelegt werden, und nur in so fern es sich dabei noch um die Beurtheilung der von den bezeugten Thatsachen auf den Krankheitszustand gezogenen Schlüsse handelte, könnte noch von Zuziehung von Sachverständigen die Rede seyn, deren Ernennung, wenn die Parteien sich nicht vereinigen, dem Gerichte zustünde. Bei Zeugen kann aber von einer Ernennung durch das Gericht keine Rede seyn.

D. R.

Digitized by Google

welchen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe schon seinem außergerichtlichen Zeugniß ohne weiters einräumen.

arg. §. 544, 546 und 547 der Prozeßordnung.

Diese Entscheidungsgründe erklären zuletzt noch das zweite, vom Unterrichter angeführte Motiv, daß nämlich die Restitutionsklägerin, wie im Eingang bemerkt, ihren Anwalt zu derselben Zeit, welche das ärztliche Zeugniß als den Anfang ihrer Krankheit bezeichnet, wegen Betreibung ihrer Vermögensabsonderungssache bevollmächtigt habe, unter Bezug auf §. 427 der Prozeßordnung, für durchaus unstatthaft und die daraus gezogene Folgerung als unrichtig.

Der im §. 427 der Prozeßordnung vorgesehene Fall dürfte aber hier wohl schwerlich vorliegen; vielmehr ist der Unterrichter in concreto von der auch durch unsere Prozeßordnung §. 400 adoptirten Offenkundigkeit, hier Gerichtskundigkeit, ausgegangen, vermöge welcher ihm, wenn er sein Gedächtniß nicht verloren hatte, bekannt seyn mußte, daß die Restitutionsklägerin zu gleicher Zeit, wo sie nach dem Zeugniß ihres Arztes so bedeutend krank war, in einer andern Sache einen Anwalt aufstellte, um dieselbe bei Gericht zu betreiben. Es würde auch offenbar ad absurdum führen, die Verhandlungsmaxime bis zu der Zumuthung auszudehnen, daß der Richter etwas für wahr halten solle, von dessen Unwahrheit er auf offiziellem Wege durch eigene Wahrnehmung überzeugt wurde.

Vergl. hierüber auch Linde Lehrbuch des Civilprozesses §. 227 Note 2.

Eben so wenig ist die von dem Unterrichter aus dieser gerichtskundigen Thatsache gezogene Folgerung unrichtig; denn einmal besagt das ärztliche Zeugniß ganz allgemein, daß die D'sche Ehefrau, vermöge ihrer Krankheit, zu jeder Art gerichtlicher Handlungen unfähig sei, welchem Urtheil aber die Notorietät widerspricht, es beweist mithin auch nicht ihre Unfähigkeit zur Vornahme der versäumten Prozeßhandlung; zum Andern aber möchte es wohl eher in das Reich der Unmöglichkeiten, als in das Bereich eines Kunsturtheils gehören, zu bemessen, ob eine Kranke eher einen Anwalt dazu aufstellen könne, den Vollzug einer Vermögensabsonderung zu betreiben, als dazu, gegen ein Liquiderkenntniß um Restitution nachzusuchen.

B.

III.

Ueber die Zuständigkeit der Bürgermeister bei geringfügigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Der Verfasser des unter dieser Aufschrift in Nr. 51 der Annalen von 1836 erschienenen Aufsatzes glaubt sich gegen das, den Gegenstand betreffende, daselbst wörtlich abgedruckte Generale des Justizministeriums vom 18. Oct. jenes Jahres erklären zu müssen:

1) weil der Ansicht, welche das Generale ausspreche, die bisherige Praxis der Aemter entgegenstehe;
2) weil die Amtssäßigkeit im Verhältniß zur Stabsäßigkeit ein privilegirter Gerichtsstand sei;
3) weil die von ihm angeführten Bestimmungen mit klaren Worten sagten, daß jeder priviligirte Gerichtsstand
„also auch die Amtssäßigkeit der Staatsdiener u. s. w" aufhöre;
4) weil in Beziehung auf Beträge von nicht mehr als 5 und 15 Gulden die Amtssäßigkeit für die Berechtigten ein Privilegium *odiosum* sei.

Man erlaubt sich, dem Herrn Verfasser hierauf zu bemerken:

Zu 1) daß man ihm diese, obwohl mit vieler Zuversicht behauptete Thatsache nicht, sonder vielmehr das Gegentheil glaube, und zwar um so mehr glaube, da das Generale des Justizministeriums nichts anderes, als eine Wiederholung dessen sei, was dasselbe (auf eine Anfrage des Hofgerichts Freiburg) bereits unterm 3. November 1813, Nr. 3587 als seine Ansicht ausgesprochen hatte;

zu 2) daß nach der Sprache unserer Gesetzgebung, ratione fori, privilegirte Personen nur solche sind, die ihre erste Instanz bei den Hofgerichten haben;

zu 3) daß die unterstrichenen s. g. klaren Worte in den daselbst angeführten Bestimmungen nirgends enthalten und also ein Zusatz deß Herrn Verfassers sind, der, da er dem (zu 2) Bemerkten zufolge, auf einer ganz irrigen Prämisse beruht, mit dieser als nichtig zerfällt;

zu 4) daß dies de lege condenda argumentiren heißt und übrigens nichts unwahrscheinlicher ist, als daß Staatsdiener, Geistliche, Gelehrte u. s. w. darin, daß man sie nicht unter die Justiz der Bürgermeister stellt, eine Belästigung oder eine Beschwerde sehen sollten.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 24. | Karlsruhe den 17. Juni 1837.

I.

Versuch, die Vorstellung vom Gesammtwillen in einen Begriff zu verwandeln.

„Der allgemeine Wille ist nicht der Wille der Mehrheit, sondern der vernünftige Wille."

Dies ist der philosophisch unbestreitbare Gedanke, welchen ein Abgeordneter in der Sitzung der zweiten Kammer vom 19. Mai 1837 bei der Diskussion des Gemeindegesetzes seinem Vortrage zum Grunde legte, was er aber in einer zu abstrakten Form that, um von seinem gemischten Auditorium verstanden zu werden, und zu gedehnt überdies, weshalb denn natürlich ein gänzliches Mißglücken dieser Rede die unvermeidliche Folge war.

Inzwischen ist nicht allein für diese Debatte, sondern für das ganze konstitutionelle Staatsleben dieser Gedanke so wichtig, daß es sich wohl der Mühe lohnt, dessen Verdeutlichung zu versuchen, um so mehr, da selbst einige ausgezeichnete Rechtslehrer in einer spätern Sitzung bekundeten, daß sie dieser Einsicht entbehrten und in dem mächtigen Irrthum sich befinden, daß der Wille der Mehrheit den wahrhaften Gesammtwillen darstelle.

Wenn eine Gesellschaft (groß oder klein, das ist einerlei) sich einen Zweck vorgesetzt hat, oder, was das nämliche ist, wenn ihr durch ein Gesetz oder die Naturnothwendigkeit ein Zweck gesteckt ist, so bleibt ihr nun die Wahl unter tausend Mitteln zu Erreichung dieses Zweckes, und diese Wahl soll, so fordert es der Begriff, die Gesellschaft in ihrer Gesammtheit treffen, es soll die Wahl so beschaffen seyn, damit in ihr der Wille Aller erreicht sey.

Das nun, in welchem der Wille Aller nothwendiger- oder auch nur möglicherweise zusammentrifft, kann eben so wenig ein bestimmtes einzelnes Mittel seyn, als es möglich ist, daß sich tausend Gutschmecker für eine einzige Speise entscheiden, sondern das, worin der Wille Aller übereinkommen kann und muß, ist immer nothwendig ein Allgemeines; es ist die Idee der Vernünftigkeit oder Zweckmäßigkeit.

Nur darüber kann und muß vermöge der vernünftigen Natur aller einzelnen Willen, aus denen der Gesammtwille besteht, eine Uebereinstimmung Statt finden, daß das Mittel, welches man unter den vielen wählt, dasjenige sey, welches dem Zweck am besten entspricht.

Weil Alle den Zweck wollen, so ist das, aber auch nur das, gewiß, daß auch Alle das beste Mittel für diesen Zweck wollen müssen, weil aber von vielen Einzelwillen nicht alle das nämliche einzelne Mittel wollen, so ist es nöthig, nach einer Einrichtung zu fragen, welche den unlösbaren Widerspruch auflöst oder mildert, nämlich nach einer Einrichtung, welche die meiste Wahrscheinlichkeit darbietet, daß immer die zweckmäßigsten Mittel werden gewählt werden.

Die einfachste Einrichtung dieser Art, welche wir auf der niedersten Entwicklungsstufe des geselligen Lebens schon finden, und welche auch in dem komplicirtesten Organismus nie ganz aufgegeben werden kann, ist die: die Stimmen zu zählen, und dann den so ausgemittelten Willen der Mehrheit als denjenigen anzuerkennen, welcher dem Zweck am besten entspricht.

Diese Ureinrichtung ist nichts weniger als unvernünftig, denn sie beruht auf der Voraussetzung, daß unter mehreren Personen von ungefähr gleicher Fähigkeit, das Vernünftige zu finden, auch die meiste Vernunft immer auf Seiten der Mehrheit dieser Personen seyn werde.

Ganz natürlich ist es daher, daß man in dem Jugendalter der Völker, wo sich noch keine erhebliche Verschiedenheit in der Befähigung der Einzelnen zu Besorgung der öffentlichen Angelegenheiten entwickelt hat, auf diese Ureinrichtung gebaute Volkswahlen, Volksgesetzgebungen und Volksgerichte sieht, ganz vernünftig ist es auch, wenn man in kultivirten Staaten bei allen berathenden Körpern, welche aus Mitgliedern von ungefähr gleicher Tüchtigkeit

Digitized by Google

bestehen, dieselbe Ureinrichtung wieder findet, denn hier ist überall der gleiche Grund für die Voraussetzung der größeren Vernünftigkeit der Mehrheit vorhanden; der Grund nämlich, daß bei einer Versammlung von Vielen, welche auf gleicher Linie der sittlichen und intellektuellen Entwicklung stehen, bei welchen man also die ungefähr gleiche Tüchtigkeit, von vielen Mitteln das vernünftigste auszuwählen, annehmen kann, auch die Rathschläge und Beschlüsse immer die meisten Stimmen für sich gewinnen werden, welche die stärksten Gründe der Vernunft und Zweckmäßigkeit für sich haben.

Dieser Grund der Entscheidung durch Stimmenmehrheit ist zwar auch keine Wahrheit, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit, welche der Wahrheit um desto näher kommt, je tüchtiger die Mitglieder einer solchen Versammlung sind, und je weniger Verschiedenheit in dieser Beziehung unter ihnen besteht; während diese Wahrscheinlichkeit sich in dem Maße von der Wahrheit entfernt, und der Unwahrheit nähert, in welchem Maße die Tüchtigkeit der berathenden Glieder der Vorbedingungen der Intelligenz und des guten Willens entbehrt und darin verschieden ist.

Es ist ein sehr handgreiflicher Irrthum, in welchem, wie die sechstägige Debatte der zweiten badischen Kammer über die Gemeindewahlen nachweist, nicht blos schlichte Bürger, sondern auch scharfsinnige Juristen befangen sind, wenn man meint, bei einem berathenden Körper sei der Beschluß der Mehrheit der wahrhafte Gesammtwille schlechthin darum, weil die Mehrheit die Gesammtheit darstelle. — Die Mehrheit ist, oder kann doch seyn, eine einzige Stimme über die Hälfte, daß aber 5 + 1 nicht = 10 sei, dies ist wohl eine mathematische Gewißheit.

Der allein haltbare Grund, aus welchem der Beschluß der Mehrheit als Gesammtwille anerkannt wird, ist vielmehr kein anderer, als die auf den entwickelten Voraussetzungen beruhende Wahrscheinlichkeit, daß die Mehrheit das beschließen werde, in welchem die Willen Aller, ihrer vernünftigen Natur gemäß, nothwendig übereinkommen müssen, nämlich das Vernünftigere das Zweckmäßigere.

Wenn nun aber diese Wahrscheinlichkeit nur da vorhanden ist, wo unter den Gliedern des berathenden Körpers eine annäherungsweise Gleichheit der Intelligenz der Interessen, der Selbstständigkeit des Willens, überhaupt der Vorbedingungen für die Zweckmäßigkeit der Rathschläge besteht, so ist es ebenfalls ein greifbarer Irrthum, wenn man an dieser Wahrscheinlichkeitsrechnung auch da noch festhält, wo die faktischen Voraussetzungen derselben nicht mehr vorhanden sind, wo sich nämlich unter den zur Berathung berufenen Gliedern eine große Verschiedenheit der die Vernünftigkeit ihrer Rathschläge bedingenden Eigenschaften gebildet hat, und wo, wie dieses bei der fortschreitenden Entwicklung der Völker, besonders derer, welche keinen Sklavenstand haben, immer nothwendig der Fall ist, jene Eigenschaften sich bei der Mehrzahl nicht, oder doch nur in weit geringerem Maße als bei der Minderzahl finden. —

Hier tritt der Moment ein, wo für das Volksleben jene Ureinrichtung, vermöge welcher das, wofür sich die Mehrheit entscheidet, als das wahrscheinlich Vernünftigere anerkannt zu werden verdient, zur offenbaren Unwahrheit wird; und es ist eine unabweisbare Nothwendigkeit, ihr eine andere Einrichtung zu substituiren, oder, um richtiger zu sprechen, der Ureinrichtung jene Modification zu geben, welche durch den Grund ihrer Wahrheit und Gültigkeit schon angezeigt ist.

Die Annahme, daß der Beschluß der Mehrheit den Gesammtwillen ausspreche, hat jetzt bei der Volksgemeinde nur um deswillen keine Wahrheit mehr, weil die einzelnen Glieder sich an den die Vernünftigkeit ihrer Rathschläge bedingenden Eigenschaften zu ungleich geworden sind, und weil es eine unverkennbare Thatsache ist, daß diese Eigenschaften bei der eminenten Mehrheit in einem geringeren Grade als bei der Minderzahl vorhanden sind.

Vorerst ist es also z. B. bei jedem Volke die Gesetzgebung und die Richtergewalt, welche nicht in den Händen der Volksgemeinde belassen werden können, sondern an andere berathende Körper übertragen werden müssen, deren Glieder die Vorbedingungen der Vernünftigkeit ihrer Rathschläge in möglichst hohem und gleichem Maße besitzen, wenn die Beschlüsse ihrer Mehrheit als der wahrscheinliche Wille sowohl ihrer Gesammtheit, als der Volksgesammtheit mit Recht gelten sollen, und je nachdem mit dem Fortschreiten der Kultur die Ungleichheit der genannten Eigenschaften wächst oder sich mannigfaltig gestaltet, wird es nothwendig werden, allmählig für alle wichtigen Angelegenheiten der Gesellschaft die in ihren Grundlagen zur Unwahrheit gewordene Ureinrichtung zu ändern, wenn man nach wie vor dem wahrhaften Gesammtwillen, nämlich der Idee der Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit, möglichst nahe kommen will, und man wird dieser Idee um so näher kommen, je mehr die Einrichtungen die Bürgschaft gewähren, daß an geistigem und sittlichem Werth gleich ausgezeichnete Männer, Männer, von welchen auch vermöge ihrer politischen und ökonomischen Stellung angenommen werden kann, daß sie, frei von Nebenrücksichten, im Stande seien, den vernünftigen Zweck sich stets klar zu machen, und ihn allzeit zu verfolgen, daß, wo möglich, nur solche Männer an den Berathungen und Beschlüssen über die öffentlichen Angelegenheiten Theil nehmen.

Digitized by Google

Wenn also z. B. in einem nicht rein monarchischen Staate, dessen Verfassung auf das Princip der Einherrschaft oder auf das der Volkssouveränität vorzugsweise gebaut seyn mag, an der Gesetzgebung Abgeordnete des Volks Antheil nehmen, so liegt der Vorzug dieser Einrichtung nicht etwa, wie ein geistreicher Abgeordneter bei der mehrbesagten Diskussion ausführte, darin, daß die Kammern durch die Beschlüsse ihrer Mehrheit den wahren Gesammtwillen des Volks aussprechen, sondern darin, daß, vermöge einer zweckmäßigen Wahlordnung und vermöge guter Besetzung der Ministerien, in die einzelnen Abtheilungen des berathenden Körpers Männer von den angegebenen Eigenschaften berufen werden, und daß, so fern die Interessen der Regierten unter sich sowohl, als mit der Regierung im natürlichen Gegensatz stehen, die gegenseitige Beschränkung dieser Interessen in dem durch die Vernunft gebotenen Maße durch diese Staatsverfassung verbürgt, oder damit also die Wahrscheinlichkeit dargeboten wird, daß in einem solchen Staate die Beschlüsse des gesetzgebenden Körpers der Idee der Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit, als dem allein wahrhaften Gesammtwillen, am meisten entsprechen werden.

Tresurt.

II.

Ist zur Realisirung des in den §§. 289 und 364 der Prozeßordnung bestimmten Präjudizes ein Anrufen und Versäumungserkenntniß nöthig?

Faber gegen Walter.

Die Klage, welche die Aufzählung und Begründung der einzelnen Forderungs- und Abzugsposten vollständig enthielt, war dem Beklagten unter Androhung des im §. 253 der Prozeßordnung gesetzten Rechtsnachtheils zur Vernehmlassung mitgetheilt worden. Weil aber diese Vernehmlassung die in der Klage vorgetragenen Thatsachen theils übergangen, theils nicht gehörig, sondern unbestimmt und ausweichend beantwortet hatte, so ward der Beklagte angewiesen, persönlich vor Amt zu erscheinen, um sich auf die Klage, insbesondere darüber, ob ihm die darin angegebenen Weinlieferungen zugekommen, ob die dafür angesetzten Preise sammt Zinsen richtig, und ob die an der Schuldsumme abgerechneten Posten darin vollständig aufgenommen seien? vernehmen zu lassen, widrigenfalls diese Thatumstände für zugestanden geachtet werden sollen.

Der Beklagte erschien jedoch nicht, sondern reichte abermals eine schriftliche Vernehmlassung ein, worin derselbe erklärte, daß ihm die angesetzten Weine gar nicht alle zugekommen, und daß die Preise der erhaltenen weit überspannt seien ꝛc.

Nun forderte der Unterrichter den Beklagten nochmals auf, sich binnen bestimmter Frist über jede einzelne, in der Klage bezeichnete Lieferung an Wein und Fässern und insbesondere darüber zu erklären, was er davon nicht erhalten habe, auch anzugeben, bei welchen Ansätzen und in wie weit Ueberschreitungen der verabredeten Preise vorkommen? widrigenfalls die unbestimmt beanstandeten Ansätze und Preise sämmtlich für zugestanden beachtet werden sollen.

Hierauf erklärte der Beklagte: es sei ihm nur ein Duplicat der Klagschrift, aber weder Beleg noch Rechnung zugegangen, weshalb er nicht ausdrücken könne, in welchem Ansatz die klägersche Rechnung überspannt oder gefehlt seyn möge.

Da indessen die Rechnung in der Klage selbst enthalten und der Beklagte sich hierauf speciell einzulassen wiederholt angewiesen, der Kläger aber in dieser zum ordentlichen Verfahren geeigneten Sache nicht verbunden war, mit der Klage zugleich den Beweis anzutreten, so hat der Unterrichter nunmehr die derselben zum Grunde liegenden Thatsachen als zugestanden angenommen und die darauf gestützten Forderungen für richtig erkannt, sofort den Beklagten zu deren Zahlung verurtheilt.

In der Appellationsbeschwerdeschrift brachte der Beklagte die specielle Einlassung ordnungsmäßig nach, wozu er sich aus dem Grunde für berechtigt halten wollte, weil in erster Instanz vom Kläger weder angerufen, noch darauf hin vom Unterrichter ein Versäumungserkenntniß gefällt worden sei, gegen welches binnen 14 Tagen die Wiederherstellung hätte nachgesucht werden können. Daraus wurde die Folge gezogen, daß dem Kläger in zweiter Instanz der Beweis über die hier speciell widersprochenen Posten auferlegt werden müsse.

Allein der Gerichtshof theilte diese Ansicht nicht, indem er davon ausgieng, daß der Fall zu einem Anrufen und Versäumungserkenntniß nur dann vorhanden gewesen wäre, wenn der Beklagte gar nicht geantwortet hätte. Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich aus einer Vergleichung der §§. 253 und 1109 mit den §§. 289 und 364 der Prozeßordnung. Nach den erstern soll der thatsächliche Vortrag des Klägers für eingestanden und jede Schutzrede des Beklagten für versäumt erklärt werden. Die letzteren hingegen wollen, daß die Thatsachen für zugestanden angenommen und die Einreden für versäumt geachtet werden sollen. Daraus ergibt sich, daß der Richter im Falle der §§. 289 und 364, wenn, seiner Aufforderung ungeachtet, die Partei ihre specielle Einlassung ꝛc. schuldig geblieben ist, ex officio die Thatsachen für zugestanden, beziehungsweise die Einreden für versäumt zu achten hat, ohne dies erst auf Anrufen des Gegentheils durch ein

Digitized by Google

Versäumungserkenntniß auszusprechen. Diese Ansicht wird noch bestärkt durch den §. 634 der Prozeßordnung, wornach die Folgen der Versäumnisse nur auf Anrufen der Gegenpartei vom Richter ausgesprochen werden, weil es sich in dem vorliegenden Falle nicht um die Versäumung einer ganzen Prozeßhandlung, sondern nur um einzelne Mängel und Lücken eines wirklich beigebrachten Parteivortrags handelt. Die nämliche Meinung ist auch schon früher in einer Redactionsnote beiläufig angedeutet worden.

Annalen von 1834 S. 274.

In dem rubricirten Rechtsstreit hat daher der Gerichtshof, ohne auf die in zweiter Instanz von dem Beklagten nachgeholte specielle Einlassung zu achten und ohne ein Beweiserkenntniß zu geben, das amtliche Urtheil lediglich bestätigt. Bayer.

III.

Aus dem Unterrheinkreise.

Curiosum.

Ullrich gegen Eberle.

Gegen die Erben des verlebten Rentmeisters Eberle zu Eberstadt hatte der Kläger einen bedingten Zahlungsbefehl erwirkt. Die Beklagten widersprachen aber nicht nur die Forderungen durchaus, sondern schützten auch die Einreden der Zahlung und der Verjährung vor.

In der Replick bestand der Kläger auf seinen Forderungen, verlangte den Beweis der Zahlung, bestritt die Anwendbarkeit der Verjährung und schob eventuell mit Bezug auf L. R. S. 2275 den Beklagten den Haupteid zu.

Da der Anwalt der letztern den Widerlegungssatz in der bestimmten Frist nicht eingereicht hatte, so erließ das Amt auf gegentheiliges Anrufen unterm 6. Mai 1836 den

Beschluß:

1) Werden die Beklagten mit ihrer Widerlegung ausgeschlossen?

2) Werden die Beklagten für schuldig erkannt, den ihnen vom Kläger zugeschobenen Eid, nicht zu wissen, daß die Schuld ihres Erblassers noch unberichtigt sei, zu schwören. Schwören die Beklagten binnen vier Wochen diesen Eid, so wird Kläger, unter Verfällung in die Kosten, mit seiner angestellten Klage abgewiesen; schwören sie ihn aber nicht, so wird derselbe zum Beweise seiner Forderung zugelassen.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten beriefen sich zur Begründung ihrer Einreden der Verjährung auf den L. R. S. 2272. Der Kläger deferirt ihnen den nach L. R. S. 2275 zulässigen Eid. Schwören die Beklagten diesen, so ist ihre Einrede bewiesen und die Klage dadurch aufgehoben; schwören sie ihn aber nicht, so muß der Kläger zum Beweis seiner Klage zugelassen werden, weil die Beklagten dieselbe sowohl in ihrem Betrage widersprechen als in dem Empfang der Waaren auf Credit.

Bei der am 21. Mai Statt gehabten Urtheilspublikation erklärte der Kläger:

„Ich habe zwar die Erben des Rentmeisters Eberle verklagt, allein wenn meine Forderung gegen die Masse geltend gemacht wird, so wird dadurch der Antheil der Wittib des Schuldners an der Verlassenschaftsmasse kleiner; sie ist daher bei meiner Forderung auch interessirt, und ich bitte daher, sie unter die Beklagten aufzunehmen und den Prozeß mit ihr zu reassumiren, da der den Beklagten zugeschobene Eid, worauf erkannt wurde, gerade nur bei ihr Erfolg haben kann." —

Beschluß:

Citentur Kläger und die neue Beklagte J. Eberles Wittib auf Dienstag den 14. Juni l. J.

Da jedoch die Beklagte in dieser Tagfahrt nicht erschien, so ergieng sofort der

Beschluß:

1) Abschrift des Protokolls vom 21. v. M., der Beklagten zur Nachricht:

2) Citentur beide Theile auf Montag den 4. Juli 1836, die Beklagte unter dem Rechtsnachtheile, daß sie ansonst den Prozeß des Klägers gegen ihre Kinder von letzter Ehe als wohlgeführt gegen sich gelten und das Erkenntniß gegen sie darauf gründen lassen wolle. —

Hierauf übergab der Anwalt der beklagten Erben unterm 30. Mai 1836 eine Vorstellung, worin er anfrug, was diese Frau bei Amt thun soll? Sie sei nicht Partei und als Zeugin werde sie gleichfalls nicht vernommen werden wollen oder können. Vordersamst werde die Frau nicht erscheinen, ehe ihr die Ursache ihrer Vorladung bekannt gemacht seyn werde, und auch er bitte, ihn mit dem Grund der Vorladung bekannt zu machen.

Beschluß:

Ausfertigung des Urtheils sammt Abschrift der Entscheidungsgründe und des Protokolls v. 21. d. M. dem erhibentischen Sachverwalter mit dem Bemerken zur Nachricht, daß man nicht hoffe, daß er seiner Prinzipalin gerathen, nicht zu erscheinen, da dies eine Aufforderung derselben zum Ungehorsam und zur Nichtachtung der Befehle seiner vorgesetzten Behörde wäre, während er ihr jede beliebige Erklärung beim Erscheinen anrathen kann.

In der Tagfahrt vom 4. Juli erschien der Kläger, die Beklagte aber blieb aus. Ersterer bat, das angedrohte Präjudiz nunmehr zu realisiren.

Beschluß:

Wird die Beklagte mit ihrer vorbehaltenen Erklärung ausgeschlossen und für schuldig erkannt, den ihr vom Kläger zugeschobenen Eid, nicht zu wissen, daß die Schuld ihres verstorbenen Ehemannes noch unberichtigt sei, zu schwören.

Erbietet sich die Beklagte binnen vier Wochen zu diesem Eid und schwört ihn dann auch in einer dazu anzuberaumenden Tagfahrt aus, so wird Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten, abgewiesen. Erbietet sie sich aber nicht, oder leistet sie den Eid nicht, so wird der Kläger zum Beweise seiner Forderung zugelassen.

Von Rechtswegen!

Bayer.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 25. Karlsruhe den 24. Juni 1837.

I.

Diebstahl.

(Ein Muster von Indicienbeweis).

In der Nacht vom 26. Mai 1836 wurde im untern Stocke der Krämer Adam Knobelschen Behausung zu Ziegelhausen ein großer Diebstahl verübt, während die Hausbewohner im obern Stocke ruhig schliefen.

Den andern Morgen zwischen 4 und 5 Uhr fand die Magd, als sie in das untere Wohnzimmer eintrat, die beiden Commodeschubladen herausgezogen und ausgeleert. Die herbeigerufene Hausfrau entdeckte weiter, wie das eine Ladenfenster nach dem Eingange zu durch Absprengen eines Ladenriegels und das gegenüberliegende Fenster im Wohnzimmer wahrscheinlich von Innen geöffnet, sodann, daß die Thüre des Ladens da, wo die Schlinke einschnappt, mit einem leinenen Bändel zugebunden war. Daraus zog man den Schluß, daß die Diebe durch das geöffnete Ladenfenster eingestiegen seyn müssen. — Von der Brüstung dieses Fenstees bis zum Boden herab beträgt die Höhe 4½ Schuh. Die Ladencasse war durch Ausschneidung eines Dreiecks unter dem tannenen Ladentische ausgelöst worden. — Die Spur ließ auf ein sehr scharfes Instrument schließen. An der Schublade selbst, welche zwischen dem Schweinstall und dem Dunghaufen gefunden wurde, bemerkte man auch die Spur eines Stemmeisens. Der beim Dunghaufen angebrachte Abtritt hatte offen gestanden.

Nach eidlicher Versicherung der Damnificaten hatten sich in der verschlossenen Ladencasse 39 Gulden in Groschen und Sechsern, 13 Gulden Silberkreuzer, 1 Gulden 11 Kreuzer Kupferkreuzer, 3 Gulden Heller und Duppel, also zusammen 56 Gulden 11 Kreuzer befunden. Von seltenen Münzsorten waren darunter ein s. g. Albus und ein Leopoldsgroschen, mit einem Loche in der Mitte des Wappens, enthalten.

Die aus der Commode entwendeten Effecten, als Hemden, Schürzen, Strümpfe, Unterbeinkleider, Halstücher, Westen, Unterwämser, Sacktücher und dergl. wurden von den Bestohlenen zu 73 Gulden 12 Kreuzer gewerthet.

Der Verdacht dieses Diebstahls fiel auf zwei fremde Männer, welche den Abend vorher im Knobelschen Laden eine Kleinigkeit gekauft und sich auf eine befremdende Weise daselbst umgesehen hatten.

Der Zufall wollte, daß kurz vorher zwei Männer, auf welche der von der Knobelschen Ehefrau gegebene Beschrieb sehr genau paßte, von Heidelberg herkommend einem Burschen aus Limbach, welcher damals zu Ziegelhausen als Knecht diente, in der Nähe des Dorfes begegneten. Derselbe erkannte in diesen Männern den Peter Bauer und Peter Hochhammer aus Trienz, begrüßte sie als Landsleute *) und sah dann, wie beide nach Ziegelhausen hineinzogen.

Nach Angabe der Knobelschen Ehefrau hatten ihr die Männer auch gesagt, daß sie von Heidelberg kämen. Wie wir später hören werden, so sind dieselben am nämlichen Abend noch nach Neckarsteinach gegangen und bis Mitternacht dort geblieben.

Da man überdies, alsbald nach Entdeckung des Diebstahls, in Erfahrung gebracht hatte, daß in der Frühe zwischen 3 und 4 Uhr zwei solche Männer den Neckar hinauf gegangen seien, so verfügte sich Knobel mit einem Begleiter eilends nach Kleingemünd, wo man ihm sagte, daß sich kurz nach 4 Uhr zwei fremde Mannspersonen dort über den Neckar hätten setzen lassen. Knobel und sein Begleiter begaben sich daher nach Neckargemünd und verfolgten, unter Assistenz zweier Gendarmen, die muthmaßlichen Diebe weiter. In Wimmersbach kam man denselben wieder auf die Spur und erfuhr zuletzt, daß sie Trienz zugegangen seien. Dem unermüdlichen Eifer der Gendarmen gelang es auch wirklich, noch am nämlichen Abend zuerst den P. Bauer in seiner Wohnung und nachher dessen Schwager P. Hochhammer im Orte zu verhaften.

*) Limbach liegt nämlich in der Nähe von Trienz.

Digitized by Google

Beide Inculpaten wurden an das Oberamt Heidelberg, als forum delicti commissi abgeliefert und auf die von demselben geflogene Untersuchung durch hofgerichtliches Urtheil vom 30. September 1836 mit 3 Stimmen gegen 2 des angeschuldigten Diebstahls für klagfrei erklärt, weil die Majorität, obgleich auch sie den objectiven Thatbestand als vollkommen erwiesen annahm, der Ansicht huldigte, daß, bei dem hartnäckigen Läugnen der Inculpaten, auf bloße Indicien hin eine peinliche Strafe nicht erkannt werden dürfe. Der Staatsanwalt ergriff sofort den Recurs und führte zu dessen Begründung, ohne sich auf die bekanntlich sehr bestrittene Frage über die Zulässigkeit des Indicienbeweises näher einzulassen, im Wesentlichen an:

1) Die Inquisiten sind Personen, zu welchen man sich der fraglichen That sehr wohl versehen kann, indem Bauer wegen Diebstahls schon eilfmal klagfrei erklärt und einmal zur Detention verurtheilt, Hochhammer hingegen wegen des nämlichen Verbrechens schon siebenmal klagfrei gesprochen und zweimal verurtheit worden ist.

2) Am 26. Mai 1836, ungefähr um 6 Uhr Abends, erschienen beide Inquisiten in dem Knobelschen Kramladen zu Ziegelhausen. Nach der eidlichen Aussage der Knobelschen Ehefrau kaufte Bauer für einen Kreuzer Zunder und ließ einen Sechser wechseln, Hochhammer kaufte für einen Kreuzer Feuerstein und ließ zwei Käsperle (Viertelskronen) wechseln. Letzterem wollte die Knobelsche Ehefrau mit Kreuzern herausgeben, welche vorn in der Ladencasse lagen. Er begehrte aber Sechser und Groschen, wahrscheinlich um zu veranlassen, daß sie die Ladencasse weiter herauszog, da sich die Sechser und Groschen in den hinteren Fächern befanden; dadurch entstand ein Aufenthalt von 4 bis 5 Minuten, während dessen die beiden Männer sich ziemlich auffallend in dem Laden und offenstehenden Nebenzimmer umsahen. Die Männer giengen sodann das Dorf hinauf gegen Kleingemünd zu. —

Beide Inquisiten sind geständig, daß sie um die gedachte Zeit auf ihrer Rückreise von Mannheim durch Ziegelhausen gekommen. Bauer stellte auch nicht in Abrede, daß er in dem bezeichneten Kramladen für einen Kreuzer Zunder kaufte und sich einen Sechser wechseln ließ. Hochhammer hingegen verschwieg bei seiner ersten Vernehmung den Besuch des Kramladens und widersprach im zweiten Verhör, ja selbst in der Confrontation mit der Knobelschen Ehefrau, daß er für einen Kreuzer Feuerstein gekauft und zwei Käsperle zum Wechseln hingegeben habe, behauptend, daß sie sich in Ziegelhausen gar nicht aufgehalten hätten. Erst auf den in einem späteren Verhör ihm gemachten Vorhalt, daß Bauer selbst die Angabe der Knobelschen Ehefrau bestätige — erklärte Hochhammer: „Wenn Bauer das sagt, so will ich ihn nicht Lügen strafen. Da ich aber in Neckarsteinach mir einen starken Rausch holte, so vergieng mir ganz die Erinnerung von dem vorhergehenden Tag ꝛc. ꝛc.

3) Den andern Morgen, gleich nach 3 Uhr, sah man zwei fremde Männer, jeder ein Päckchen tragend, starken Schrittes von dem Knobelschen Hause hinweg in der Richtung gegen Kleingemünd zusammen gehen. S. Stoppert und J. Baierle, welche jene Männer sehr treffend signalisirt hatten, recognoscirten die beiden Inquisiten als die nämlichen Personen. Letztere erklären es jedoch für eine platte Unmöglichkeit, um gedachte Zeit in Ziegelhausen gesehen worden zu seyn, da sie den Abend vorher noch nach Neckarsteinach gegangen, dort mit M. Bauer bis Mitternacht in einem Wirthshaus zusammen gewesen und mit Tagesanbruch, beiläufig um 3 Uhr, bei Kleingemünd über den Neckar gefahren seien. Wiewohl nun diese Angabe, so weit sie den Aufenthalt zu Neckarsteinach betrifft, nach den Depositionen des dasigen Wirthes Fr. Kreß und des M. Bauer als richtig angenommen werden kann, so vermochten doch die Inquisiten nicht nachzuweisen, wo sie von 12 bis 3 Uhr sich befunden haben. Der Weg von Neckarsteinach bis Neckargemünd läßt sich bekanntlich in einer guten halben Stunde zu Fuß machen. Wo hielten sich nun die Inquisiten die übrige Zeit bis zur Ueberfahrt auf?

Sie antworteten, daß sie im Freien geschlafen hätten; allein sie können nicht angeben wo? Sie wollen nichts von einander gewußt und sich erst bei der Ueberfahrt zufällig wieder getroffen haben.

Nach der eidlichen Versicherung des Fr. Kreß, welcher indessen so wenig als M. Bauer von einer Trunkenheit des. P. Hochhammer etwas erwähnt, sondern nur angibt, daß die drei Gäste ungefähr 2 Gulden bei ihm verzehrt und wegen eines Hausantheils mit einander unterhandelt hätten — äußerte Hochhammer vor dem Weggehen mehrmals: „Wir müssen machen, daß wir fortgehen, damit wir noch vor Tag nach Eberbach kommen.“

Der Fährcher Gg. Schmitt von Kleingemünd hat jedoch den beiden Inquisiten auf seinen abgelegten Eid hin ins Angesicht behauptet, daß sie erst Schlag ¼ nach 4 Uhr bei der Ueberfahrt angelangt seien. Von 3¼ bis 4¼ Uhr konnten die Inquisiten den Weg von Ziegelhausen bis Kleingemünd ganz gemächlich zurücklegen, da ein guter Läufer diesen Weg, nach dem Zeugniß des Bürgermeisters von Ziegelhausen, sogar in einer halben Stunde gehen kann.

Nun erklärte aber der Zeuge S. Stoppert in Gegenwart der Inquisiten: „Ich bin gar nicht zweifelhaft, daß diese zwei Männer, welche vor mir stehen, an dem be-

Digitized by Google

zeichneten Tag Morgens gleich nach 3 Uhr in der Gegend des Adam Knobelschen Hauses waren. Ich kenne sie so genau wieder, daß ich mit ruhigem Gewissen, unter Erinnerung an meinen Eid, ihnen gegenüber fest behaupten kann, daß sie die nämlichen sind."

Da die Angeschuldigten dennoch dabei beharrten, daß sie um diese Zeit bei Kleingemünd über den Neckar gefahren, so äußerte der Zeuge noch weiter (hindeutend): „dieser Größere (P. Bauer) stand, wie ich mich jetzt genau erinnere, in dem gepflasterten Gang oder Vorplatz vor dem Knobelschen Ladenfenster, während der Kleinere (P. Hochhammer) von dem hinteren Theile heraus über den Misthaufen auf denselben Platz starken Schrittes hingieng; der Erste hatte ein Päckchen, welches, so viel ich mich erinnere, blau aussah, in der rechten Hand; der Zweite hatte ein Päckchen, welches weiß aussah, am Stocke über der Achsel hängen; die Päckchen waren ungefähr 1½ Schuh im Durchmesser dick. — Ich gieng dann rechts herum auf die Straße hinaus und schaute den Männern nach. Sie giengen nebeneinander um das Rathhaus herum den Weg gegen Kleingemünd zu und ich weiß sogar noch, daß Bauer rechts und Hochhammer links gieng."

Aus der Deposition dieses Zeugen geht also hervor, daß Hochhammer von der Stelle hergekommen ist, wo nachher die ausgeleerte Schublade des Ladentischs gefunden wurde.

Auch der Zeuge J. Baierle erklärte in der Gegenüberstellung:

„Den Kleineren mit dem Ueberrocke (Hochhammer) erkenne ich zuverläßig als denselben wieder, der mir mit einem weißen Päckchen, das er am Stock trug, jenen Morgen um 3¼ Uhr beim Bronnschen Hause begegnete. Der Größere, welcher jetzt andere Hosen zu tragen scheint, ist mir seiner Statur nach ebenfalls sehr bekannt. Doch will ich es bei diesem nur als höchst wahrscheinlich bezeichnen, daß er der Begleiter des andern war. Er trug, wenn er dabei war, das blaue Päckchen."

Zur Erläuterung muß beigefügt werden, daß Bauer bei der Gegenüberstellung graue, am 26. Mai 1836 aber grüne Beinkleider getragen hat, wie durch mehrere Zeugen erwiesen ist.

Die Inquisiten wußten auf diese Zeugenaussagen nichts zu erwiedern, als daß sie unwahr seien.

Nun ist ferner durch das eidliche Zeugniß der Wirth Herboldschen Eheleute von Haag noch weiter hergestellt, daß die Inquisiten, was sie auch nicht läugnen, am 27. Mai Vormittags gegen 9 Uhr bei ihnen einkehrten. Waren aber die Angeschuldigten um 4¼ Uhr bei Kleingemünd über den Neckar gefahren, so konnten sie gegen 9 Uhr in Haag — welcher Ort 4 bis 5 Stunden von Neckargemünd entfernt ist — wohl angekommen seyn.

Wie wir bereits vernommen, so machen die Inquisiten kein Geheimniß daraus, daß sie am Abend des 26. Mai in dem Knobelschen Laden zu Ziegelhausen gewesen, daß sie von dort nach Neckarsteinach gegangen und den andern Morgen bei Kleingemünd über den Neckar gefahren, auch späterhin in dem Herboldschen Wirthshause zu Haag eingekehrt sind, weil ihnen da überall nichts zur Last fällt. Es ließe sich auch kein Grund denken, warum sie, obgleich durch zwei classische Zeugen überwiesen, aufs hartnäckigste läugnen sollten, am 27. Mai in der Frühe um 3 Uhr in Ziegelhausen gewesen zu seyn, hätte man sie als Fremdlinge nicht zu dieser ungewöhnlichen Stunde unter sehr verdächtigen Umständen von dem Hause des Bestohlenen weglaufen gesehen. — Ohne Zweifel sind auch die Inquisiten, nachdem sie vorerst die Gelegenheit zur Ausführung des fraglichen Diebstahls ausgespäht hatten, nur in der Absicht nach Neckarsteinach gegangen, um einem etwa auf sie fallenden Verdachte vorzubeugen und den Alibibeweis einzuleiten, welcher jedoch dergestalt mißlungen ist, daß er dem Ueberführungsbeweise zur mächtigen Stütze dient.

4) Während die Knobelsche Ehefrau im Laden mit dem Geldzählen beschäftigt war, fragte sie die beiden Männer, wo die Reise hingehe? Sie gaben ihr zur Antwort: nach Eberbach und Karlsruhe!

Wie bereits angeführt, äußerte Hochhammer in dem Wirthshaus zu Neckarsteinach mehrmals: „Wir müssen machen, daß wir fortgehen, damit wir noch vor Tag nach Eberbach kommen."

Dem Fährcher Schmitt sagten die Inquisiten, daß sie zu Schiff den Neckar hinauf nach Heilbronn fahren wollten. Im Wirthshaus zu Haag gaben sie vor, sie kämen von Waldwimmersbach und giengen nach Mosbach.

Man sieht hieraus, wie es die Inquisiten darauf angelegt hatten, daß man ihnen nicht auf die Spur kommen sollte.

5) In Haag verzehrten sie 30 Kreuzer und bezahlten diese Zeche mit 3 Groschen und 21 Kreuzerstücken! Auch kauften sie von dem Hausirjuden Herz Bär Kanter aus Wollenberg einige Kleidungsstücke, welche sie mit Groschen und Sechsern bezahlten und zu den bei sich gehabten Päcken thaten. — Diese Münzsorten treffen mit den gestohlenen zusammen.

Es ist nun durch die Depositionen der Herboldschen Eheleute, des Fährchers Schmitt, des S. Stoppert und J. Baierle dargethan, daß die Inquisiten am Morgen des 27. Mai wirklich Gepäck bei sich trugen, während durch die Aussagen des Limbacher Burschen, L. Kraus, welchem die Inquisiten den Abend zuvor beim Haarlaß begegneten,

Digitized by Google

und der Knobelschen Ehefrau, so wie durch das Geständniß der Inquisiten selbst, hergestellt ist, daß sie am 26. Mai kein Gepäck mit sich führten. Auch der Wirth Kreß zu Neckarsteinach erwähnt nichts davon, daß die Angeschuldigten mit Gepäck in sein Haus gekommen seien.

Was sollten nun die Päckchen wohl anderes enthalten haben, als die in Ziegelhausen entwendete Wäsche und Kleidungsstücke?

Ueber diese Frage wußten die Inquisiten nicht anders hinweg zu kommen, als daß sie nun vorspiegelten, sie hätten beim Dilsberg, also nachdem sie Neckargemünd bereits im Rücken hatten, ihre Unterhosen und Strümpfe ausgezogen und in die Sacktücher eingebunden!

Hochhammer wollte sogar glauben machen, er habe sich, von der Reise ermüdet, in der Nähe von Robern nochmals schlafen gelegt und beim Erwachen sein Päckchen vermißt. Allein zum Schlafen war keine Zeit, denn die Gendarmen folgten den Inquisiten auf dem Fuße. Weit wahrscheinlicher ist es, daß Hochhammer, der nicht mit Bauer nach Trienz gieng, die Beute bei seiner Concubine, K. Kern, zu Robern in Sicherheit brachte, weil er erst einige Stunden später nach Trienz kam, wo er dann verhaftet und nach Heidelberg abgeliefert wurde.

Eine Nachsuchung in der Wohnung der K. Kern war übrigens erfolglos. Eben so wenig wurde bei Bauer, welchen man, nachdem er kaum eine halbe Stunde zu Haus angelangt war, in seiner Wohnstube arretirte, etwas von den gestohlenen Effecten vorgefunden. — Wäre es aber wahr, daß die Inquisiten nur ihr Eigenthum bei sich getragen, so würden sie gewiß die Päckchen zum Vorschein gebracht haben, weil sie sich dadurch doch einigermaßen von dem Verdacht, daß sie, wie ihnen sogleich vorgehalten wurde, einen Diebstahl in Ziegelhausen begangen hätten, reinigen können. Allein Hochhammer äußerte bei seiner Arretirung gegen den Gendarmen und Polizeidiener, er habe das in Haag gekaufte Hosenzeug schon wieder an einen Bauern verkauft, denn er aber nicht kenne. Aus all diesem geht hervor, daß die Inquisiten die gestohlenen Effecten eiligst bei Seite geschafft haben müssen.

Anfänglich hatte P. Bauer im Verhör angegeben, er habe ungefähr 4 Gulden baares Geld in Kreuzern, Groschen und Sechsern auf die Reise mitgenommen. Bei seiner Verhaftung fand aber der Gendarm in einem Wandschränkchen der Wohnstube eine Schweinsblase, worin sich 23 Gulden 27 Kreuzer der oben genannten Münzsorten befanden.

Namentlich waren darunter 4 Gulden 48 Kreuzer theils Silber-, theils Kupferkreuzer, sodann ein s. g. Albus und ein Leopoldsgroschen begriffen, welcher in der Mitte ein Loch hatte!

Späterhin gestand nun P. Bauer, daß er auch dieses Geld, und also im Ganzen ungefähr 28 Gulden, auf der Reise bei sich gehabt habe, über dessen redlichen Erwerb er sich nicht auszuweisen vermochte. Wie sollte er aber dazu kommen, einen Sechser wechseln zu lassen um für einen Kreuzer Zunder zu kaufen, wenn er so reichlich mit Kreuzern versehen gewesen und nicht mit Hochhammer darauf ausgegangen wäre, sich während des Wechselns mit den Gelegenheiten des Knobelschen Hauses bekannt zu machen? Die Uebereinstimmung der Münzsorten, vorzugsweise die Menge von Kreuzern, und der Umstand, daß die Knobelsche Ehefrau den Albus, insbesondere aber den Leopoldsgroschen mit Sicherheit als denjenigen erkannte, welcher sich in der Ladencasse befunden, müssen dem Richter die Ueberzeugung aufdringen, daß der Inhalt der Schweinsblase ein Theil des gestohlenen Geldes ist, womit der mißlungene Versuch, den redlichen Erwerb desselben nachzuweisen, in einem natürlichen Zusammenhange steht. — An diese gegen die Inquisiten erwiesene Thatsache des Besitzes der gestohlenen Gegenstände reiht sich noch die weitere.

6) Daß P. Bauer alsbald nach seiner Verhaftung aus dem Hause des Bürgermeisters entwischte und so Gelegenheit fand, sich über den angeblichen Erwerb des Geldes falsche Zeugnisse zu verschaffen, da er erst am 29. Mai in Mosbach wieder aufgegriffen worden ist.

Zu Allem dem kommt aber noch

7) daß P. Bauer geständigermaßen auf der Reise ein Taschenmesser bei sich hatte, womit, nach dessen actenmäßiger Beschreibung, der Ausschnitt am Ladentisch gemacht worden zu seyn scheint. Dieses Messer ist noch wenig gebraucht und wahrscheinlich neu angeschafft, was sich aus dem Grunde annehmen läßt, weil in der Nacht vom 13. auf den 14. Mai 1836 bei Kronenwirth Niebergall zu Neckargerach ein sehr bedeutender Diebstahl verübt und den andern Morgen neben dem abgehobenen Aufsatze eines ausgeplünderten Kaunitzes ein altes Messer gefunden worden ist, welches P. Bauer, durch mehre Zeugen überführt, als sein verlorenes Eigenthum anerkennen mußte, welches sich noch in gerichtlichem Verwahr befindet.

Wenn nun gleich gegen P. Bauer einige besondere Indicien vorliegen, so ist doch P. Hochhammer nicht minder verdächtig und überwiesen, weil er den andern stets begleitet und doch geläugnet hat, mit demselben am Abend des 26. Mai in dem Knobelschen Laden gewesen zu seyn. Gab er gleichwohl späterhin nach, daß er im gedachten Laden Feuerstein kaufte und zwei Käsperle wechseln ließ, so geschah dies nur, um nicht länger mit Bauer in Widerspruch zu bleiben.

8) Die auffallenden Verlegenheiten, in welche die Inquisiten, obgleich in Untersuchungen sehr einheimisch, auf

Digitized by Google

die ihnen gemachten Instanzen mehrmals gerathen sind, werden endlich den Richter an ihrer Schuld keinen Augenblick zweifeln lassen.

In einem ziemlich ähnlichen Falle hat früher sowohl das unterrheinische Hofgericht als der oberste Gerichtshof das Schuldig ausgesprochen. (Archiv für die Rechtspflege ꝛc. Bd. I. S. 98 — 100.)

Die hier vorliegenden, in den Art. 25 und 43 der peinlichen Halsgerichtsordnung nummerirten und nach Maßgabe des §. 14 unseres Strafedicts bewiesenen Inzichten erscheinen als indicia indubitata et luce clariora, welche mit dem Hauptfactum in einem so evidenten Zusammenhange stehen, daß die Thäter, so zu sagen, mit Händen zu greifen sind. Es hieße fürwahr dem Sprichwort „die kleinen Diebe hängt man, die Großen läßt man laufen" die Krone aufsetzen, wenn die beiden Inquisiten straflos ausgehen sollten.

Auf diese Ausführung stützte der recurrirende Staatsanwalt den rechtlichen Antrag:

Die beiden Inquisiten des in der Nacht vom 26. Mai 1836 bei Krämer Adam Knobel zu Ziegelhausen verübten Diebstahls, im Betrage von 129 Gulden 23 Kreuzer, für schuldig zu erklären, sofort mit Rücksicht darauf, daß durch Aufsprengung eines Fensterladens, durch Einsteigen in den unteren Stock und durch gewaltsames Oeffnen der Ladencasse, eine mehrfache Erschwerung unterlaufen, auch Hochhammer schon zweimal wegen Diebstahls bestraft worden ist, die gesetzliche Strafe, unter Verfällung der Inquisiten in sämmtliche Kosten, zu erkennen.

Die Inquisiten, welchen zufolge §. 7 des provisorischen Gesetzes vom 18. Febr. 1836 auf die Recursausführung des Staatsanwalts weitere Vertheidigung gestattet ward, wiederholten ihre vorigen Angabrn, mit dem Bemerken, daß sie nicht hoffen, auf Advocatenkünste hin verurtheilt zu werden.

Es ward jedoch am 13. März d. J. von dem obersten Gerichtshof zu Recht erkannt,

„daß, unter Aufhebung des hofgerichtlichen Erkenntnisses, die beiden Inculpaten P. Bauer und P. Hochhammer des an Adam Knobel zu Ziegelhausen verübten Geld- und Effectendiebstahls im Werthe von 129 Gulden 23 Kreuzer für überwiesen, somit P. Bauer des ersten großen Diebstahls und P. Hochhammer des dritten für schuldig zu erklären, und deshalb, so wie in Anbetracht der vorhandenen Erschwerungsgründe, Ersterer (P. Bauer) zu einer zehnmonatlichen, Letzterer (P. Hochhammer) dagegen zu einer dreijährigen und dreimonatlichen, in Mannheim zu erstehenden gemeinen Zuchthausstrafe ꝛc. zu verurtheilen seien."

Dieses Urtheil ist mit 5 Stimmen gegen 4 gefällt worden. Die oberhofgerichtliche Minorität wurde von derselben Ansicht geleitet, wie die hofgerichtliche Majorität. Wäre das oberhofgerichtliche Plenum vollzählig gewesen, so hätte sich vielleicht ein entgegengesetztes Resultat ergeben. In so fern ist die Verurtheilung der Inquisiten gleichsam ein Spiel des Zufalls. Die Würfel hätten auch anders fallen können. Dieser Mißstand, erzeugt durch die Lückenhaftigkeit des Gesetzes, ist so alt und so wichtig, daß dessen baldige Beseitigung zu den dringendsten Forderungen an den Gesetzgeber gehört. Wenn man unterstellen darf, daß der schon seit Jahren bearbeitete Entwurf zu einem neuen Strafproceß eine geläuterte Beweistheorie enthalte, so könnte etwa durch provisorische Einführung derselben dem längst gefühlten Bedürfniß leicht abgeholfen werden. Ein weiterer Gewinn würde darin bestehen, daß man bis zu dem Zeitpunkte, wo jener Entwurf in Kraft treten soll, durch Anwendung der neuen Beweistheorie practische Erfahrungen sammeln könnte. Bayer.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Ueber die Zurückschiebung des Haupteides.

Hörner gegen Hörner.

Nach dem Klagvortrage soll der nun verlebte Vater des Klägers, als Curator eines Verschollenen, aus dessen Vermögen unterm 1. Nov. 1821 dem Beklagten ein zu 5 Procent verzinsliches Capital von 150 Gulden dargeliehen und der Beklagte vom 1. Nov. 1822 bis dahin 1835 den Zins an den fürsorglichen Erben des Verschollenen entrichtet haben. Der Kläger habe jedoch, heißt es weiter, von dieser Schuld nur durch das Hausbuch seines Vaters, welchem er in der Curatel des Verschollenen nachgefolgt sei, und durch die betreffenden Rechnungen Kenntniß erhalten. Das Klagbegehren gieng dahin: daß der Beklagte zur Zahlung des Kapitals von 150 Gulden sammt Zinsen, vom 1. Nov. 1835 an, verurtheilt werde. Der Beklagte stellte jedoch nicht nur den ganzen Sachverhalt in Abrede, sondern sprach auch den angeführten Urkunden alle Beweiskraft gegen ihn ab und bat um Abweisung des Klägers, welchem nun durch amtlichen Zwischenbescheid der Beweis des Klaggrundes auferlegt ward.

Zu diesem Behufe schob der Kläger dem Beklagten den Haupteid zu, wornach dieser schwören sollte, ob er nicht von seinem (des Klägers) Vater, als jenesmaligem Curator des verschollenen N. N., aus dessen Vermögen 150 Gulden verzinslich alljährlich vom 1. November als Darlehen vorgeschossen erhalten habe?

Der Delat schob aber dem Kläger den Eid dahin zu-

Digitized by Google

rück: daß Beklagter aus der Curatel des N. N. 150 Gulden verzinslich vom 1. Nov. an als Darlehen vorgeschossen erhalten habe?

Diese Zurückschiebung, bemerkte Beklagter, könne der Kläger nicht von sich abwenden, weil derselbe zur Zeit, als er, auf Ableben seines Vaters, die Curatel übernommen, bereits volljährig und verehelicht gewesen und jedenfalls über den Vermögensstand seiner Curatel unterrichtet seyn müsse.

Wollte man aber den Kläger als Rechtsfolger seines Vaters betrachten, so müßte er, da bei der Zurückschiebung die nämlichen Grundsätze, wie bei der Zuschiebung gelten, den Eid über das Wissen ausschwören.

Da übrigens der Kläger den Eid ohne alle weitere Bemerkung zugeschoben, so werde auch ohne Weiteres jetzt, wo er zurückgeschoben sei, darauf erkannt werden können. Nachträglich fügte Beklagter noch bei: sollte der Kläger nicht den Wahrheitseid zu schwören schuldig seyn, so müsse er doch jedenfalls den Eid über das Wissen ablegen.

Der Kläger erklärte jedoch, er sei blos verpflichtet worden und könne gar keinen Eid über die Sache ablegen. Dessen ungeachtet erkannte das Untergericht, nach Feststellung der Eidesformel, den Kläger durch Urtheil vom 22. März d. J. für schuldig, zu schwören, daß er nicht anders wisse, als daß der Beklagte aus der Curatel des N. N. 150 Gulden als Darlehen erhalten habe, welche alljährlich vom 1. Nov. an zu verzinsen sind. Zugleich wurden die Folgen der Eidesleistung oder Verweigerung ausgesprochen.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Kläger die Berufung und beschwerte sich, daß er schwören soll, obgleich das Ausleihen der 150 Gulden, so wie das Erheben und Zahlen des Zinses, nicht seine eigene Handlung sei, er auch nicht als Rechtsnachfolger seines Vaters, sondern lediglich als Curator über das Vermögen des Verschollenen klage, und als jetziger Curator gewiß nicht in der Eigenschaft als Erbe seines Vaters auftrete.

Eine weitere Beschwerde wollte noch darin gefunden werden, daß in dem Urtheil über die Zinszahlung an den fürsorglichen Erben gar nichts enthalten sei.

Nach dem Petitum sollte der Oberrichter erkennen, daß der Beklagte zur Ausschwörung des ihm zugeschobenen Eides verbunden sei und daß die Zurückschiebung desselben nicht Statt finde ꝛc.

Bei der mündlichen Verhandlung machte der Appellat von dem ihm durch die §§. 1166, 1209—1211 gestatteten Recht der Anschließung in so fern Gebrauch, als er sich beschwerte, daß, ungeachtet der bestimmten und ausdrücklichen Erklärung des Klägers, „er könne den ihm zurückgeschobenen Eid nicht schwören," noch eine Tagfahrt zur Ausschwörung desselben vorbehalten, und derselbe nicht vielmehr sofort, in Folge dieser Weigerung, mit seiner Klage abgewiesen worden sei ꝛc.

Die Sachbitte des Adhärenten versteht sich hiernach von selbst.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 17. Sept. 1836 wurde abändernd erkannt, der Beklagte soll schwören, „es sei nicht wahr, daß er von dem Vater des jetzigen Klägers, als Pfleger des abwesenden J. G., aus dessen Vermögen 150 Gulden als Darlehen erhalten, und daß er davon die Zinsen vom 1. Nov. 1822 bis dahin 1835 an A. D. zu Höhefeld entrichtet habe ꝛc.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß es sich hier um eine Thatsache handelt, welche sich im Jahre 1821 zwischen dem Beklagten und dem Vater des jetzigen Klägers, als damaligem Pfleger des verschollenen J. G., ereignet haben soll;

In Erwägung, daß der Kläger nur durch die Aufzeichnungen seines verlebten Vaters zur Kenntniß jener, der Klage zum Grunde gelegten Thatsache gelangt seyn will;

In Erwägung, daß jedenfalls, wie auch der Kläger, als dermaliger Curator, seine Wissenschaft von der fraglichen Darleihe und der Zinszahlung erlangt haben mag, keine eigene Handlung desselben in Frage steht;

In Erwägung, daß also dem Kläger, falls der Beklagte beweispflichtig wäre, nach §. 10 der Eidesordnung, in Verbindung mit den §§. 574 Nr. 2 und 623 der Prozeßordnung, über die fragliche Thatsache nur der Unwissenheitseid zugeschoben werden könnte, wenn sein Wissen oder Nichtwissen ein erhebliches Fundament für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ausmachen würde;

In Erwägung jedoch, daß diese Voraussetzung in dem gegenwärtigen Falle nicht eintritt, weil der Kläger für die Handlungen seines Vorgängers in der Verwaltung, dem Beklagten gegenüber, so wenig haftet, als der blos zufällige Umstand, daß der jetzige Pfleger zugleich Erbe des früheren ist, hier in Betracht kommt;

In Erwägung hingegen, daß nach L. R. S. 1339 und §. 574 Nr. 1 der Prozeßordnung dem Beklagten der Eid allerdings zugeschoben werden kann, weil die behauptete Aufnahme und Verzinsung des fraglichen Darlehens durch ihn selbst nur seine eigene Handlung ist;

In Erwägung, daß aber gerade deswegen, weil die Thatsache, welche der Eid betrifft, weder beiden Theilen gemeinschaftlich, noch der Kläger im Stande ist, die Wahrheit des Beweissatzes zu beschwören, nach den §§. 584 und 591 der Prozeßordnung die Zurückschiebung des Eides an denselben nicht Statt findet;

In Erwägung, daß folgeweis, da der Kläger von der

Digitized by Google

Eidesleistung entbunden werden muß, die an sich zulässige Adhäsionsbeschwerde des Appellaten um so weniger begründet ist, als dem Kläger der gesetzliche Rechtsnachtheil, daß der Eid, im Falle er sich über die Annahme nicht erkläre, für verweigert angesehen werden soll, vom Unterrichter noch nicht angedroht worden war;

Nach Ansicht der §§. 169, 379 und 597 der Prozeßordnung; a. d. Gr. ꝛc.

Anmerkung. Obgleich das Urtheil selbst mit Stimmeneinhelligkeit beliebt ward, so hielt doch ein Votant den vierten Erwägungsgrund nicht für entscheidend, und den fünften in seiner allgemeinen Fassung wenigstens für zweifelhaft, weil ein Vormund als solcher für die Vormundschaftshandlungen seines Amtsvorgängers allerdings hafte. Bayer.

Anmerkung der Red. Mit der Entscheidung selbst bin ich einverstanden, und zwar nach den Bestimmungen der §§. 584 und 591 der Prozeßordnung, wornach die Eideszurückschiebung nur über eine, beiden Partrien gemeinschaftliche Thatsache und eben darum auch nur in der nämlichen Form, welche die Eideszuschiebung hat, geschehen kann, der Wissenseid, also in keinen Nichtwissenseid umgewandelt werden darf. Was aber den oben aufgeführten vierten und fünften Erwägungsgrund betrifft, so scheint mir ein Mißverständniß obzuwalten. Nicht das einer Partei innewohnende Wissen oder Nichtwissen einer Thatsache bildet das Fundament der Entscheidung, sondern nur die Thatsache selbst, welche die Partei wissen oder nicht wissen kann.

Ist diese Thatsache eine entscheidende und darnach die Eideszuschiebung über dieselbe in Gemäßheit der §§. 565 und 566 erheblich, so wird es sich nur noch fragen, ob die Eideszuschirbung so, wie sie vorliegt, auch formell zulässig sei, namentlich ob sie auch an denjenigen, gegen den sie gerichtet ist, wirklich geschehen konnte.

Setzen wir nun den Fall, es handle sich hier um keine nach §. 584 und 591 unstatthafte Zurückschirbung, sondern um die Zuschirbung des Eides an den Kläger, etwa darüber: „er wisse nicht, daß der Beklagte die eingeklagten 150 Gulden an den frühern Pfleger wieder zurückbezahlt habe.“

Diese Eideszuschiebung wäre nach dem §. 623 ohne allen Zweifel zulässig, und wenn der Kläger, sofern er auch nicht der Sohn des frühern Pflegers, sondern ein ganz Fremder wäre, die Leistung des Eides verweigern würde, müßte nach §. 603 die Thatsache der geschehenen Zahlung, deren Nichtwissen er beschwören sollte, als eingestanden angenommen werden.

Es ist also lediglich nicht ersichtlich, wie es irgend auf den Umstand ankommen könnte, ob der Kläger als der jetzige Pfleger für seinen Vorfahrer zu haften habe oder nicht. D. R.

III.

Ueber den Ersatz der Kosten der Feldbestellung und der Ernte von Seiten desjenigen, dem die Früchte von einer Sache verblieben sind, erläutert durch einen Rechtsfall.

Johann Möll von Madechhof erhielt aus der Gant des Johann Geiger in Gollmannsweil im Adjudicationswege ein Hofgut, welches ihm unterm 25. April 1827 wegen Schulden wiedrr versteigert und von einem gewissen Johann Joos in Gollmannsweil um den Preis von 1012 Gulden erstanden wurde.

Johann Möll verstand sich jedoch nicht dazu, das fragliche Gut an den neuen Steigerer zu übergeben, sondern focht den Kauf als nichtig an und blieb im Besitze des Gutes. Der hierüber entstandene Rechtsstreit wurde durch alle drei Instanzen durchgeführt und gleichförmig dahin entschieden, daß der Kauf für rechtsgültig zu erklären und Johann Joos gegen Zahlung des bedungenen Kaufschillings in den Besitz des Gutes einzuweisen sei.

Als Johann Joos in Folge dirser Urtheile die Einweisung in den Besitz des Hofgutes begehrte, stellte unter andern Johann Möll wegen des seinem Gegner zugeschiedenen Früchteertrages eine Ersatzklage für aufgewendete Cultur und Erntekosten von den Jahren 1826 bis 1829 auf, welchrr Aufwand im Betrage zu 671 Gulden 46 ⁷/₈ Kreuzer abgeschätzt wurde. Die Ersatzklage wurde auf die Thatsache gestützt, daß Beklagter den Früchtegenuß in Anspruch genommen habe, und daß ihm solcher wirklich auch zuerkannt worden sei. Der Beweis der Thatsache, daß dir in Frage stehenden Feldbestellungskosten für die Saat, den Dünger, Arbeit und Fuhren die geforderte Summe von 671 Gulden 46 ⁷/₈ Kreuzer ausmachen, wurde, mit Bezug auf das Gutachten der von beiden Theilen erwählten Sachverständigen, und auf das ausdrückliche Anerkenntniß des Beklagten geführt, und damit stellte sich die erhobene Entschädigungsklage in quali et quanto als erwiesen dar.

Der Beklagte wendete gegen diese Entschädigungsklage ein, daß der Kläger unredlicher Besitzer des Hofguts gewesen sri, und jedenfalls das Geschäft der Güterbestellung wider seinen (des Beklagten) Willen geführt habe. Er berief sich desbalb auf den Zusatz 1375 n. des Landrechts, wornach derjenige, welcher die Geschäfte eines Andern wider dessen Willen führt, von seinem Aufwand

Digitized by Google

nichts fordern könne, als was dem Andern als Vermögenszuwachs, oder Verbesserung zu gut gekommen sei. Der Ertrag der Ernte in den Jahren 1826 bis 1829 habe sich auf 787 Gulden 27 Kreuzer belaufen, und es seie nirgend dargethan, daß durch die Geschäftsführung des Klägers mehe erzielt woeden, als sonst ohne diese hätte erzielt werden können. Der Beklagte habe vielmehr durch den bemerkten Ertrag nicht mehr und nicht weniger, als gerade sein Vermögen erhalten; daher könne auch der Kläger für seine Geschäftsbesorgung nichts ansprechen.

Ungeachtet dieser Einwendungen wurde der Beklagte sowohl von dem Bezirksamt Mößkirch, als auch, auf ergriffene Appellation, von dem großherzogl. Hofgerichte des Seekreises zur Zahlung der eingeklagten Cultur- und Erntekosten, im Betrage zu 671 Gulden 46 7/8 Kreuzer, unter Verfällung in die Prozeßkosten, für schuldig erkläet, und, wie ich glaube, mit vollem Rechte.

Der Kläger Möll kann nämlich, hinsichtlich des spätee an den Beklagten übergegangenen Geiger'schen Hofgutes nicht als malae fidei possessor angesehen werden. In dem durch drei Instanzen hindurch gleichförmig entschiedenen Rechtsstreite über die Rechtsbeständigkeit des Kaufs schwebte der Kläger nur in einem Rechtsirrthum, welcher den guten Glauben keineswegs aufhebt.

Wäre aber auch der Kläger wirklich ein unredlicher Besitzer gewesen, so ist die diesfallsige Einrede des Beklagten, an und für sich, völlig unerheblich, weil auch dem unredlichen Besitzer die gefordeeten Kosten zu ersetzen sind.

Duranton cours de droit français suivant le code civil tom. 4. 349.

Die rechtliche Folge des unredlichen Besitzes besteht bekanntlich blos daein, daß der unredliche Besitzer die bezogenen Früchte dem Eigenthümer zu restituiren schuldig ist, während der redliche Besitzer hiezu nicht verbunden ist. Satz 549 des Landrechts.

Die Zueignung der Früchte allein erzeugt die Verbindlichkeit für den Beklagten, die Kosten, welche von dem dritten Besitzer auf den Gewinn der Früchte verwendet wurden, demselben zu ersetzen, und diese Ersatzpflicht erstreckt sich nicht nur auf die Saatfrüchte, sondern auch auf die Arbeit und alle übrigen Kosten der Feldbestellung, namentlich auch auf die Auslagen für Dünger, für das Ackern und für die Ernte. Satz 548 des Landrechts. Brauer, Erläuterungen des Code Napoleon. Theil 1, S. 407 und 408.

Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, dritte Auflage, Theil 1, §. 201 am Ende.

Die römische Rechtsregel:

„fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis,"

kömmt überall in Anwendung. Hier kennt man keinen Unterschied zwischen einem Besitzer in gutem oder bösem Glauben. Nach römischem Rechte galt dieser Grundsatz sogar auch bei einem praedo.

l. 36, §. 5. D. de haereditatis petitione (5, 3). l. 46. D. de usuris (22, 1).

Diese Ersatzverbindlichkeit folgt überdies aber auch aus der Bestimmung des Landrechtszusatzes 1614a., wornach jeder Käufer bis zu erfolgter Ablieferung der erkauften Sache allen sich auf die Früchte beziehenden Erhaltungsaufwand zu ersetzen schuldig ist.

Endlich ist es eine bekannte Rechtsregel, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern darf.

l. 206. D. de regul. juris (50, 17).

Wollte der Beklagte den Ertrag des erkauften Gutes an sich ziehen, und die hierauf verwendeten Bebauungskosten nicht bestreiten, so könnte man mit Recht sagen, daß er sich mit dem Schaden des früheren Besitzers bereichern wolle.

In jedem Falle ist der Beklagte durch den ihm zu Theil gewordenen Ersatz der Früchte von den Jahren 1826 bis 1829 in seinem Vermögen vorgekommen, und schon dadurch pflichtig, den geforderten Kostenersatz zu leisten, indem das Rechtsaxiom sogar sagt:

„Qui non factus est pauperior, intelligitur esse locupletior."

l. 47, §. 1. D. de solutionibus (46, 3).

Von einer Geschäftsführung kann in vorliegendem Falle gar keine Rede seyn, und deshalb ist der aus dem Landrechtszusatz 1375a. hergeleitete Einwand ganz ungegründet. Der Kläger bezweckte bei Bestreitung der fraglichen Cultur und Erntekosten nicht den Vortheil des Beklagten, sondern nur seinen eigenen Vortheil, und besorgte schon kein fremdes, sondern sein eigenes Geschäft.

Dr. Löw, Oberhofgerichts-Sekretär.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 26. | Karlsruhe den 1. Juli 1837.

I.

Ueber den L. R. S. 218.

Die Eva Katharina R., welche mit ihrem Ehemanne nicht in gutem Vernehmen lebte, führte beim Landamt E. unter gerichtlicher Ermächtigung mehrere Prozesse. Als sie aber wieder mit einer neuen Klage auftrat, und wegen der Weigerung ihres Ehemanns um gerichtliche Ermächtigung zur Prozrßführung nachsuchte, wurde von dem Landamt, welches diese Klage für frivol hirlt, dir Ermächtigung abgeschlagen und darauf hin die Klage zur Zeit abgewiesen.

Der Anwalt der Klägerin führte die Berufung dagrgrn aus, und strllte, über das geeignete Rechtsmittel schwankend, die Anträge:

1) den Schriftsatz als Beschwerdeführung an großherzogliches Hofgericht vorzulegrn;

2) oder eventuell denselben als Appellation grgen die Verwerfung der Klage zu brtrachtrn; oder endlich

3) die Actrn an großherzogl. Kreisregierung als Recursausführung vorzulegen.

Das Amt, welches den dritten Weg für den geeigneten hielt, legte zwar die Acten an das Hofgericht vor, entwickelte aber in drm Einbegleitungsberichte seine entgegengesetzte Ansicht. Das Hofgericht gieng auf den zweiten Antrag ein, und erließ nach gepflogenen Verhandlungen ein abänderndes Erkenntniß, worin die gerichtliche Ermächtigung ertheilt wurde. Seine Gründe waren folgende:

„Der Unterrichter ist nach seinem Einsendungsberichte der Meinung, daß die Frage, ob der Ehefrau die Ermächtigung, vor Gericht zu stehen, gegen den Willen ihres Mannes zu ertheilen oder zu versagen sei, vor die Administrativbehörde gehöre. Allein hierfür sprechen weder landrechtliche noch unsere organischen Einrichtungrn."

„Die L. R. S. 218 und 219, besonders auch nach dem Urtext und den französischen Auslegern, sind ganz dafür, daß diese Frage eine gerichtliche sei, nicht minder die Analogie specieller Verordnungen, wornach die Gerichtsermächtigung für die Ehefrauen bei Uebernahme der Sammtverbindlichkeit zu Eheschulden strts von den Gerichtrn und nie von den Administrativbehörden ertheilt wird, wie namentlich für die Frauen von Grundherren von den Hofgerichten, und nicht von den Kreisregierungen."

„Dir Ermächtigung, vor Gericht zu stehrn, ist ein Ausfluß der Gerichtspolizeigewalt, welche, ihrrm Begriffe nach, nur vom Richter und keineswegs von der Administrativbrhörde ausgeübt werden kann. Die Analogien, welche der Unterrichter aus den Organisationsrescripten von 1809 anführt, enthalten nur Fälle der pflegschaftlich vogtrilichen Aufsichtsgewalt, von welcher hier nicht die Rede ist. Hirrmit hat sich dir großhrrzogl. Kreisregierung, mit welcher deshalb communicirt wordrn, einverstanden erklärt. Hieraus folgt auch, daß bei Brurtheilung drr Frage, ob drr Frau gegen den Willen ihres Mannes die Gerichtsermächtigung zur Proceßführung zu ertheilrn sri, noch krinrswrgs so tief in die Materialien der Sachr eingegangen wrrden kann, wie vom Unterrichter bri seiner Versagung geschehen, es ist hier mehr nur gerichtspolizeilich zu erwägen, ob im Allgemeinen das Procrssiren der Frau, gegen den Willen ihres Mannes, so absolut verwerflich sei u. s. w."

Ich kann die hier ausgesprochene hofgerichtliche Ansicht nicht für richtig halten.

Wenn es auch gewiß ist, daß die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau rine rechtspolizeiliche Handlung *) ist

*) Das Hofgericht redet von einer gerichtspolizeilichen Handlung, aber eine solche, wenn anders dieser Ausdruck nicht gleichbedeutend mit rechtspolizeilich seyn soll, liegt hier nicht vor. Der Ausdruck „Gerichtspolizei" hat einen zweifachen Sinn. Er bedeutet einmal die Aufsicht auf die Gerichte, wie sie von den obern Justizbehörden geführt wird, und dann auch die Aufsicht über die Gerichtsunterthanen, in wie weit sie mit dem Gerichte in Berührung kommen, also die dem Gericht selbst zustehende Disciplinargewalt. Von einer derartigen Gerichtspolizei kann aber hier nicht die Rede seyn.
W Br.

Digitized by Google

(für eine Administrativsache hat sie der Unterrichter nicht erklärt!) und wenn ferner zugegeben werden muß, daß diese Ermächtigung nach französischem Rechte den Instanzenzug der Gerichte durchlaufen muß, so folgt hieraus, wie ich glaube, noch keineswegs dasselbe für Baden. Der Grund liegt in der verschiedenen Staatsorganisation beider Länder. Das Civilgesetzbuch hat nur den Zweck, feste Bestimmungen für „Mein und Dein" zu geben, es kann daher unverändert bleiben, wenn auch die ganze Organisation des Landes umgeformt wird. Eben so konnte das französische Recht bei uns eingeführt werden, ohne daß deshalb die Organisation des Staats der des französischen Reichs überall angepaßt werden mußte, folglich kann ein Berufen auf die französische Praxis nicht unbedingt Statt haben, wo es sich nicht um eine streitige Civilrechtsfrage, sondern darum handelt, wer eine Rechtshandlung (in diesem Sinn) vornehmen soll.

Wir werden aber gerade in Betreff der Rechtspolizeiverwaltung zwischen beiden Ländern eine große Verschiedenheit finden. Es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß der bedeutenste Theil der Rechtspolizei, die Obervormundschaft im weitern Sinn, bei uns den germanischen Charakter beibehalten hat, während das französische Recht eine Obervormundschaft nicht kennt. Dort schreitet das ministère public ein, wo ein öffentliches Interesse in Frage kommt, in allen andern Fällen überläßt das Gesetz der Familie selbst die Wahrung ihres Interesses.

Man wird sich in Frankreich vergeblich nach einer eigenen Rechtspolizeibehörde umsehen. Der Staat hat hier den Privaten sich selbst überlassen, greift weniger in das Familienleben ein, und schreitet nur dann ein, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt. So mußte in Frankreich natürlich, beim Mangel einer eigenen Behörde, Manches den Gerichten überlassen werden, was bei uns zweckmäßig besondern Behörden übertragen werden konnte.

Die Rechtspolizeigewalt ist bei uns in erster Instanz in die Hände der Aemter gelegt (Organisationsedict lit. C. §. 20), der Instanzenzug geht von da an die Kreisregierung (O.E. D. §. 12) und in dritter Instanz an das Justizministerium (O.E. F. §. 31 d.). Es wird daher die unbestreitbare Prämisse, daß die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau eine rechtspolizeiliche Frage sei, auch den Schluß rechtfertigen, daß der Instanzenzug hiebei der oben angegebene seyn müsse.

Wenn die badische Fassung des L. R. S. 218 den französischen Ausdruck „*le juge* peut donner l'autorisation" dahin übersetzt, so „kann nach Umständen der Richter sie ermächtigen," so folgt, wie ich glaube, hieraus allein noch keineswegs die Ansicht des Hofgerichts. Zur Zeit, als das neue Landrecht bei uns eingeführt wurde, war unsere Gesetzgebung in einem Zustand von Entwicklungsgährung. Auf der einen Seite sollten französische Einrichtungen eingeführt werden, auf der andern Seite wollte man nicht zu tief in gewohnte Zustände einschneiden. Der erste Gedanke bei der Bearbeitung des Landrechts war, wie das erste Einführungsedict erkennen läßt, den Code Napoléon mit allen dazu gehörigen Hülfeinstituten einzuführen. Aber man sah, daß dieses aus politischen und finanziellen Gründen nicht wohl ausführbar wäre, und das zweite Einführungsedict suchte daher den Code Napoléon an die bestehenden organischen Einrichtungen anzupassen, mit einstweiliger Suspendirung der Friedensgerichte, Kronanwaltschaften, des Familienraths, der besondern Standesbeamten, Notarien u. s. w. Es bemerkt das genannte Edict ganz richtig, „daß diese organischen Einrichtungen, wenn gleich mit dem System der französischen Gerichtsverfassung auf's Innigste verbunden, gleichwohl von der Bestimmung der bürgerlichen Verhältnisse durchaus unabhängig sind."

Nun bestimmt aber §. 5 des zweiten Einführungsedictes ausdrücklich, daß durch die Einführung des Code Napoléon die bisher bestehende Pflegschaftsordnung nicht aufgehoben werden solle, und hierunter gehört gewiß auch die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau. Zwar erklärt das Hofgericht sich im entgegengesetzten Sinn, ich kann mich aber von der Richtigkeit seiner Ansicht nicht überzeugen. Die ehevogteilichen Rechte haben mit den Pflegschaftsrechten im Allgemeinen gleichen Ursprung. Sie entwickelten sich aus dem germanischen Institut des mundium. Auf diesen gleichen Ursprung leitet schon die gleiche Benennung. Der Begriff „vogtbare Personen" umfaßt alle jene, welche unter einem mundium stehen (Hofrathsinstruction §. 135. Beistandsordnung §. 2). Sobald aber angenommen wird, daß das Abhängigkeitsverhältniß der Ehefrau zum Ehemann ein Ausfluß des vogteilichen Rechts ist, wird man auch zugeben müssen, daß die Aufsicht des Staats hierüber durch die Vermittlung der Obervormundschaftsbehörde ausgeübt werden müsse.

Es würde wohl, abgesehen von den Bestimmungen des Landrechts, Niemand daran zweifeln, daß sämmtliche, aus der Ehevogtei abquellenden Verhältnisse der Beurtheilung der rechtspolizeilichen Behörde zugetheilt seien, und es fragt sich daher nur, in wie fern der L. R. S. 218 hier eine Aenderung begründet.

Ich habe bereits oben angedeutet, daß der Code Napoléon schon nach seiner ersten Bearbeitung, und noch vielmehr nach seiner spätern Bestimmung, sich an organische Einrichtungen anschließen sollte, welche sich von denen seiner Heimath wesentlich unterschieden. Je weniger bei der Bearbeitung des Landrechts der Gang der übrigen

Digitized by Google

Gesetzgebung schon vorausgesehen werden konnte, desto mehr mußte sich der Uebersetzer hüten, zum Vollzuge der einzelnen landrechtlichen Einrichtungen bestimmte Behörden zu benennen. So finden wir überall nur allgemeine Ausdrücke, wie Richter, Gericht, Obergericht, Behörde u. s. f. Wenn nun der L. R. S. 218 bestimmt dem Gerichte die Ermächtigung zuweist, so kann zwar nicht geläugnet werden, das diese rechtspolizeiliche Handlung in erster Instanz dem Amte (und bei schriftsäßigen Personen dem Hofgericht) zugewiesen werden muß; aber hieraus folgt noch gar nichts für die folgenden Instanzen, denn das Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung gibt das Landrecht nicht an. Es wäre zwar widersinnig, den Rechtszug von der Gerichtsbehörde an die Administrativbehörde gehen zu lassen, aber dies hat auch der Unterrichter nicht gewollt. Man darf gewiß nicht behaupten, daß die Kreisregierungen reine Administrativbehörden sind, vielmehr sind ihnen einzelne Theile der Justiz (z. B. Rechtspolizei in zweiter Instanz) zugewiesen, was recht deutlich daraus erhellt, daß bei solchen Fragen der Rechtszug von der Kreisregierung nicht an das Ministerium des Innern, sondern an das Justizministerium geht.

Aehnlich bestimmt auch der L. R. S. 812, daß das Gericht den Erbpfleger für ein lediges Erbe zu ernennen habe, wird aber daraus gefolgert werden dürfen, daß eine Beschwerde gegen die Bestellung des Pflegers in zweiter Instanz an das Hofgericht gehe?

Man würde aber auch bei der gegentheiligen Ansicht in einige Verlegenheit über die Wahl der Rechtsmittel kommen. Soll eine Appellation möglich seyn, so müßte das Gesuch um gerichtliche Ermächtigung (welches gewöhnlich einen Incident- oder Präjudicialpunkt eines anhängigen Processes bildet, als eine Klage behandelt und darnach verhandelt werden) *). Hier erschiene dann der Ehemann, gegen welchen die gerichtliche Ermächtigung durchgesetzt werden soll, als Beklagter. Man müßte demselben diese Klage unter dem gewöhnlichen Präjudiz des Zugeständnisses mittheilen, und im Falle seines Schweigens den Rechtsnachtheil aussprechen. Aber hiermit wäre das Wesen des Geschäfts mißkannt, denn es ist hier nicht von einer Parteienverhandlung, sondern von einer einfachen causae cognitio die Rede. Eine solche kann nach unserer Gerichtsverfassung nicht in Form eines Civilprozesses verhandelt werden, während sie in Frankreich, bei der wesentlich verschiedenen Gerichtsverfassung, unbedenklich im gerichtlichen Wege entschieden werden kann.

Es handelt sich hiebei nicht blos um eine einfache Frage der Competenz, sonst könnte es zuletzt gleichgültig seyn, wer die Handlung vornähme, aber die verschiedene Beantwortung der Frage greift viel tiefer ein. Sieht man darin eine civilrechtliche Frage, so muß die Verhandlungsmaxime in Anwendung kommen, und das Gericht hat, wie sich das Hofgericht ausdrückt, nur zu erwägen, ob das Processiren der Frau, gegen den Willen ihres Mannes, so absolut verwerflich sei. Faßt man dagegen die Frage von der andern Seite auf, so hat die Behörde die Umstände genauer zu erwägen, sie darf so tief sie will und kann in das Materielle des Rechtsstreits eingehen, denn sie hat alle Erwägungen zu beachten, die den Ehemann bestimmen konnten, die Ermächtigung zu versagen. Es gibt Familienrücksichten, Scheu vor den Drangsalen eines unendlichen Prozesses und andere Gründe die Menge, welche einen Ehemann vernünftiger Weise bestimmen konnten, der Frau die Ermächtigung zu versagen, und die Behörde hat die Pflicht, diese Erwägungen des Ehevogts zu achten, auch wenn das Processiren an sich „nicht so absolut verwerflich wäre."

Wilhelm Brauer.

*) Eben weil bei uns eigene rechtspolizeiliche Behörden bestehen, enthält unsere Prozeßordnung für rechtspolizeiliche Cognitionen gar keine Vorschriften, während der Code de procédure eine Menge „procédures diverses" enthält, wie namentlich Artikel 861 — 864 über die Autorisation der Ehefrau, Artikel 998 — 1002 über die Ernennung des curateur à une succession vacante u. s. w. W. Br.

II.

Ueber Pensionen.

In der neuern Zeit sind wegen dieses Gegenstandes so viele Prozesse anhängig geworden, daß es hier am Orte seyn dürfte, die allgemeinen Sätze anzudeuten, welche vor den Gerichten als ausgemacht gelten mögen.

I. Die Diener und Pensionisten, welche durch den Reichsdeputationshauptschluß übernommen worden sind, haben, nach §. 59 desselben, ein erworbenes Recht auf unabgekürzten Fortgenuß ihres ganzen Gehalts und rechtmäßiger Emolumente. Es können daher

1) diese Emolumente, ohne Einwilligung solcher Diener, für sie nicht in Geld umgewandelt und in natura vom Staate bezogen werden; fallen letztere

2) überhaupt weg, so muß den Dienern volle Vergütung zu Theil werden.

3) Im Falle der Pensionirung braucht sich ein Diener dieser Art nicht gefallen zu lassen, daß die Naturalien nach der s. g. Kammertaxe und sonstige Genüsse oder Bezüge nach dem Immatrikularanschlage zur weltlichen Dienerwittwenkasse berechnet werden.

Vorausgesetzt wird jedoch in diesen drei Fällen, daß der Diener am 24. August 1802 im Bezuge war.

Digitized by Google

4) Anders dagegen verhält es sich bei den Pensionen der Wittwen und Waisen solcher Diener. Diese sind vielmehr lediglich nach Inhalt der weltlichen Wittwenkasseordnung und des Dienereedicts zu behandeln.

Rheinbundesacte vom 12. Juli 1806, Artikel II.
Wittwenkasseordnung vom 28. Juni 1810, §. 24, 31.
Civildienereedict vom 30. Januar 1819, §. 6, 9, 19, 23.

5) Klagen über Besoldungen oder Pensionen auf den Grund des angeführten Reichsdeputationsbeschluss.s §. 59 müssen mit der Bescheinigung begleitet seyn, daß die Diener am Normaltage (24. August 1802) im Besitze sich befanden. Andernfalls weeden die Klagen, als zur rechtlichen Erörterung nicht geeignet, nicht angenommen.

Verordnung vom 17. November 1810 *).

II. Die durch den Vollzug des Edicts vom 14. Mai 1813 in Staatsdienste übeenommenen standesherrlichen und grundherrlichen Justiz- und Polizeibeamten gelten im Allgemeinen als Staatsdiener, Dienerpragmatik von 1809, Abschnitt I., jedoch mit folgenden Modifikationen:

1) Die Relikten derjenigen Beamten dieser Kategoeie, deren Tod in der Zwischenzeit vom 1. Juni 1813 bis zu Eescheinung des Dieneredicts vom Jahr 1819 eingetreten ist, sollen nach Abschnitt XXVII. der Dienerpragmatik vom 25. April 1809 behandelt werden.

2) Die Relikten derjenigen, welche seit Erscheinung des neuen Dieneredicts bis zum September 1827 mit Tod abgegangen sind, erhalten die gesetzliche Pension (Dienereedict von 1819 §. 20 bis 23) und das Wittwenbeneficium aus der Staatskasse. Für letzteres sind jedoch die Wittwenkassenbeiträge nachträglich zu entrichten, welche von den Ehemännern hätten geleistet weeden müssen.

3) Die im September 1827 noch lebenden standesherrlichen und grundherrlichen Diener, welche, dem Edicte vom 14. Mai 1813 zufolge, in großheezogl. Dienste übergegangen sind, werden nachträglich in die Wittwenkasse immatrikulirt. Jedoch haben

a. blos die Relikten der bei der Aemterorganisation vom Jahre 1814 im wirklichen Staatsdienste beibehaltenen Beamten die statutenmäßige Pension aus der Wittwenkasse,

b. die Relikten deejenigen abee, welche bei dieser Aemterorganisation in Quiescentenstand veefielen, und in der Folge in den wirklichen Staatsdienst nicht wieder angestellt wurden, dasjenige, was sie statutenmäßig aus der Wittwenkasse anzusprechen hätten, von der Staatskasse zu empfangen *).

4) Von dieser Immatrikulirung bleiben zue Zeit und bis nach Beendigung der mit den Herrn Fürsten von Leiningen und von Löwenstein, zu Vollziehung des Artikels 14 der deutschen Bundesakte, angeknüpften Verhandlungen die in diesen beiden Standesgebieten angestellten Justiz- und Polizeibeamten ausgeschlossen.

Ihee Relikten sind, in sofern sich in dieser Zwischenzeit ein Todesfall eines solchen Beamten ergeben sollte, nach den oben unter Nr. 2 angeführten Grundsätzen zu behandeln.

Staatsministerialrescript vom 30. März 1826.
Staatsministerialrescript vom 13. September 1827.
(Beide Rescripte sind abgedruckt in diesen Annalen Jahegang 1836 Nr. 52, S. 311).

III. In Bezug auf die früher angestellten Stiftungenverwalter bestimmt ein Staatsministerialerlaß vom 13. August 1829 Nr. 1067 über Pensionen Folgendes:

1) Sie haben nach Maßgabe der in den §§. 6 bis 9 des Dieneredicts vom 30. Januar 1819 gegebenen Bestimmungen für ihee Peeson Ansprüche auf den Bezug einer Pension aus dem von ihnen veewalteten Fond.

2) Sie sind hinsichtlich ihres Diensteinkommens überhaupt nach den darüber bestehenden Vorschriften zue Generalcivildienerwittwenkasse immatrikulationsfähig; das Sterb- und Gratialquartal muß aber aus dem das Diensteinkommen bezahlenden Fond bestritten werden.

3) Die Wittwen und Waisen dieser Verrechner haben, außer dem gesetzlichen Beneficiengenuß, duechaus keinen Pensionsbezug, weder aus Staats- noch aus Stiftungsmitteln anzusprechen **).

IV. Bei Hofdienern gilt

1) Dienst und Besoldung als widerruflich; nicht einmal speeielle Zusicherungen können den Regierungsnachfolger weiter verbinden, auch abgesehen von dem Gesetze über die Civilliste vom 2. November 1881 §. 3.

2) Die Verleihung einer Pension ist reine Gnadensache, ist abee die Pension bereits gegeben, so ist anzunehmen, daß sie auf Lebenszeit und unwiderruflich verwilligt wuede.

Mayer.

*) Zweifelhaft ist, ob der wirkliche Bezug, oder nur das Daseyn des Bezugsrechtes am fraglichen Tage bescheinigt werden muß.

*) Der Grund hievon liegt in §. 1, 2 der Wittwenkasseordnung.

**) Eine andere, noch unentschiedene Frage ist die, ob die unter II. und III. angeführten Staatsministerialrescripte ohne Zustimmung der Stände verbindliche Kraft haben. Das großherzogliche Finanzministerium selbst hat diese Frage verneint.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des fünften Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 20 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis December 1837, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die veeehelichen auswäetigen Hereen Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbeechung in dee Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Hauptredacteue: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 27. | Karlsruhe den 8. Juli 1837.

I.

Rechtsfall.

Muß der Gläubiger einer Verlassenschaft mit seiner Forderungsklage zuwarten, wenn der Verlassenschaftsbesitzer über sein Erbrecht mit einem Dritten in einem Rechtsstreit steht, und wie lange?

Manche werden zwar diese Frage als eine unzweifelhaft zu verneinende betrachten, allein nichts destoweniger ist sie von einem obern Gerichtshof bejaht und der Gläubiger bis zu dem Ende des Rechtsstreits über das Erbrecht selbst zurückgewiesen worden, was aber, bei der unverkennbaren hohen Bedeutung der Frage für den ganzen rechtlichen Verkehr, einer Untersuchung und Widerlegung hier unterworfen werden soll.

Bei dem Absterben eines Ehemanns waren keine ehelichen Blutsverwandten und keine natürlichen Kinder vorhanden oder bekannt, weßhalb die Ehefrau auf den Grund des L. R. S. 767 die Verlassenschaft in Besitz nahm. Der Erblasser war Rechner einer Stadt, und wegen dieser Eigenschaft stellte die Stadt, hinsichtlich eingenommener aber nicht verrechneter Gelder, gegen die Wittwe eine Ersatzklage auf den Grund der von ihr nach L. R. S. 767 in Besitz genommenen Verlassenschaft an, worauf sie sich auch einließ, ohne ihre Passivlegitimation zu bestreiten. Im fernern Verlauf des Rechtsstreits brachte aber die Wittwe vor, sie besitze nur pro possessore, es hätten sich schon mehrere Blutsverwandte ihres Ehemanns gemeldet, mit denen sie in einem Rechtsstreit stehe, und begründete darauf die Einrede der fehlenden Passivlegitimation. Solche ward aber verworfen, jedoch auf deßhalb ergriffene weitere Appellation erkannt, daß die gegen die Wittwe gerichtete Klage zur Zeit abgewiesen werde, welche Zeit später dahin bezeichnet wurde, daß die Klage so lange nicht gegen die Wittwe angestellt werden könne, als die Kontestation ihres Erbfolgerechts fortbestehe.

Die Entscheidungsgründe lauteten:

„Es kommt nur darauf an, ob die Beklagte dermalen schon als zur Sache legitimirt anzusehen sei, und dieses kann nur verneint werden, denn wenn schon, wo der Verstorbene weder erbfähige Verwandte noch natürliche anerkannte Kinder zurück läßt, die ganze Verlassenschaft des Verstorbenen, zufolge L. R. S. 767, dem überlebenden, von ihm nicht geschiedenen Ehegatten gehört, so kann doch dieser, die Passivlegitimation der Wittwe zur Sache bedingende Fall als dermalen schon vorhanden daraus nicht angenommen werden, weil

a) behaupteter- und nicht widerlegtermaßen Viele als erbfähige Verwandte des verstorbenen Ehemanns sich gemeldet und dessen Verlassenschaft in Anspruch genommen haben, und die deßfallsigen Prozesse ihre Erledigung noch nicht gefunden haben, und weil

b) die Wittwe nur für den Fall, daß diejenigen, welche als erbfähige Verwandte die Verlassenschaft ihres verstorbenen Mannes in Anspruch nehmen, in dem deßfalls erhobenen Rechtsstreit unterliegen, nicht auch für den gleich möglichen Fall, daß sie darin obsiegen, die hier vorliegende Streitsache zu verhandeln berechtigt ist. Nur nach Entscheidung der Rechtsstreite über die Erbansprüche, wird die Legitimation zur Sache sicher gestellt, und bis dahin kann die Beklagte nicht als zur Sache legitimirt angesehen werden."

Diese Gründe können aber die getroffene Entscheidung in keiner Weise rechtfertigen.

Es ist auch eine behauptete und nicht widerlegte Thatsache, daß die Beklagte die Verlassenschaft ihres Ehemanns lediglich nur aus dem Grund des L. R. S. 767, zufolge ihres außerordentlichen Erbrechts besitzt, denn da sie als Testamentserbin, als Blutsverwandte ihres Ehemanns nicht auftritt, dessen natürliches Kind nicht ist, als Staat nicht auftreten kann, und als Curpfleger der vakanten Erbmasse nicht bestellt worden ist, so kann sie die Verlassenschaft aus gar keinem andern Grund besitzen. Sie denkt auch gar nicht daran, dem Besitz der Verlassenschaft einen andern

Digitized by Google

Grund als ihr Erbfolgerecht zu unterstellen, denn gerade damit, daß sie über das Erbrecht zur Verlassenschaft ihres Ehemanns einen Rechtsstreit mit Andern, ein Erbrecht daran Ansprechenden, führt, beweist sie ja ganz deutlich, daß sie deren Erbrecht bestreitet und ihr Erbfolgerecht gegen solche vertheidigt, folglich auch behauptet. Der Titel ihres Besitzes liegt also erwiesen vor, und die Thatsache des Besitzes hat sie selbst zugegeben. Daß sie als eheliche Nutznießerin auf den Geund des L. R. S. 738a. besitze, hat sie nicht vorgebracht, und wollte man es unterstellen, so haftet sie sogar nach L. R. S. 612 persönlich für die Schulden der Verlassenschaft, und haftet sie auch nur mit dem bloßen Eigenthümer, so kann sie daraus nur die Einrede der passiven Streitgenossenschaft ableiten, welche sie aber nach §. 97 der Prozeßordnung von der Einlassung auf die Klage nicht entbinden, also die Verwerfung der Klage zur Zeit nicht rechtfertigen kann. Die Unterstellung aber, daß der Besitz aus dem Rechtstitel des L. R. S. 767 deßhalb unwirksam seie, oder als nicht mehr vorhanden angesehen werden müsse, weil nunmehr das Erbfolgerecht selbst bestritten seie, ist aber offenbar unrichtig, denn es kann einem begonnenen Rechtsstreit nie die Wirkung beigelegt werden, daß dadurch sein Gegenstand selbst aufgehoben, oder auch nur in seinen sonstigen rechtlichen Wirkungen ganz veränder wird, und so ist nichts zuzugeben, als daß eben dee früher unbestrittene Rechtstitel des L. R. S. 767 jetzt nur ein bestrittener ist. Da die Beklagte aber gerade durch Führung dieses Rechtsstreits ihren Rechtstitel vertheidigt und behauptet, und ihren Besitz der Verlassenschaft selbst fortsetzt und festhält, so kann sie einem Gläubiger der Verlassenschaft, der sie aus dem Titel des Besitzes der Verlassenschaft belangt, den Rechtsstreit übrr das Erbrecht mit einem Dritten um so weniger entgegenhalten, als sie gegen den Dritten ihren Besitz nicht aufgegeben hat, und der Gläubiger ih- den Besitz gar nicht streitig macht, vielmehr ihn zum Grund seiner Richtung der Klage gegen sie erhebt.

Der Besitz aus dem Rechtstitel des L. R. S. 767 führt aber offenbar die Pflicht zur Vertretung der Verlassenschaft mit sich. Jede Erbschaft ist der Compler von Sachen und Rechten, und wenn deren Besitz und Gewähr nach L. R. S. 724 kraft Gesetzes auf den gesetzlichen Erben übergeht, so geht der Besitz in dessen Ermanglung kraft richterlicher Einweisung nach L. R. S. 724 und 767 auch auf den Ehegatten über. Dieser ist aber dadurch noch kein unwiderruflicher Erbe, sondern nur provisorisch zum Besitz, Genuß und Verwaltung der Verlassenschaft berechtigt, so zwar, da zur Verjährung der Erbrechte nach L. R. S. 789 die längste Verjährungszeit von 30 Jahren erfoederlich ist, daß er erst nach 30 Jahren unwiderruflicher Erbe wird, weil er bis dahin den sich meldenden Intestateeben den Bestand der Verlassenschaft nach dem Erfund des Inventars herausgeben muß. Den Gläubigern der Verlassenschaft gegenüber ist aber dee sein Erbfolgerecht ausübende Ehegatte alsbald der Vertreter der Erbmasse, und als solcher alsbald auf Zahlung zu belangen, wie dieses ja auch bei dem gleichfalls sub beneficio inventarii antretenden gesetzlichen, also noch nicht unwiderruflichen Erben nach L. R. S. 807, 808 eintritt, denn sonst müßten die Gläubiger überall zuwarten, bis die etwa hinsichtlich des Erbrechts entstehenden Streitigkeiten entschieden sind, und da solche Prozesse noch 30 Jahre nach Eröffnung des Erbgangs entstehen können, so müßten sie 30 Jahre lang zuwarten, wo dann ihre Forderungen selbst verjährt wären. Jede Verlassenschaft muß sowohl hinsichtlich iheer Rechte, als insbesondere auch ihrer Schulden alsbald vertreten seyn, und wenn sich kein Erbe oder kein Erbfolger meldet, so muß eben deshalb nach L. R. S. 811 ein Erbpfleger aufgestellt werden, welcher alsdann die Verlassenschaft vertritt, und eben deshalb nach L. R. S. 813 den gegen die Verlassenschaft gerichteten Klagen zu Rede stehen muß. Nun schließt aber ein Erbfolger den Erbpfleger aus, ist also noch mehr ein die Erbschaft Vertretender, und wenn man nun dem Erbfolger nicht die Pflicht auflegen wollte, sich gleichfalls auf die gegen die Verlassenschaft gerichteten Klagen einzulassen, so wären die Gläubiger gegen die Erbfolger und Erben übler daran, als gegen den Erbpfleger. Und wenn es doch hinsichtlich des Erbpflegers ganz gewiß ist, daß er für seine Person kein Recht zum Erbvermögen hat, und davon nichts erhält, daß er aber doch den Gläubigeen Rede stehen muß, so muß auch der Erbfolger ihnen Rede stehen, und kann ihnen etwaige Peozesse über sein Erbfolgerecht nicht entgegenhalten, so lange sie die Klage nicht gegeu seine Person, als ihnen persönlich verpflichteter Erbe, sondern nur gegen ihn, als Besitzer, Verwalter und Vertreter der Erbschaft gerichtet haben. Ob er in dem Rechtsstreit über das Erbfolgerecht Sieger wird oder nicht, ist den Gläubigern ganz gleichgültig, denn er ist gegen sie, wie der Erbe cum beneficio inventarii, nur Verwalter der Erbschaft, und kann also die Folgen seines Rechtsstreits mit den Gläubigern der Verlassenschaft den einstens rechtskräftig erkannten Erben eben so gut aufrechnen, als der Erbe im Fall des L. R. S. 803 es thut und als der Erbpfleger es thun muß, wenn sich ein Erbe meldet und ee ihm die Verlassenschaft auszufolgen hat. Er mag, wenn zur Zeit einer gegen die Verlassenschaft angestellten Klage schon ein Rechtsstreit über sein Erbrecht besteht, wohl thun, dem Kläger in letzterm Streit den

Digitized by Google

Streit im Prozeß über die Klage gegen die Verlassenschaft zu verkünden und kann alsdann um so leichter die Folgen des Rechtsstreits mit dem Gläubiger der Verlassenschaft auf den einstigen Erben überwälzen, als dieser in der Mitführung oder Nichtmitführung des Prozesses sich dessen Ausgang gefallen lassen muß. Allerdings können die Gläubiger einer Verlassenschaft nach L. R. S. 878 in allen Erbgangsfällen auf die Vermögenssonderung des Erblassers von dem des Erben antragen, und alsdann alsbald ihre Rechte gegen ihre Schuldnerin, gegen die Verlassenschaft, austragen, allein auch in diesem Fall wird der antretende Erbe als die Person betrachtet, welche den Gläubigern für die Verlassenschaft gleichsam als Erbpfleger zu Recht stehen muß. Nun kann aber der überlebende Ehegatte die Verlassenschaft nach L. R. S. 769 nur mit der Vorsicht des Erbverzeichnisses antreten, dadurch ist schon sein Vermögen von jenem des Erblassers gesondert, und er muß also den Gläubigern, gleich wie der gesetzliche cum beneficio inventarii antretende Erbe, nach L. R. S. 802, 803 zu Recht stehen. Selbst wenn die Gläubiger die Vermögensabsonderung nicht verlangt haben, so folgt daraus nicht, daß sie mit ihren Klagen nicht mehr auftreten und ihre Bezahlung nicht mehr früher verlangen können, als bis etwaige Prozesse über das Erbrecht entschieden sind, sondern es folgt nur daraus, daß sie nunmehr sich an die antretenden Erben als ihnen persönlich verpflichtete Schuldner jedoch nur pro rata des Erbantritts halten können, und wenn nun solche antretende Erben die Vorsicht des Erbverzeichnisses beobachtet haben, was bei der erbenden Ehefrau immer der Fall seyn soll, so folgt daraus nur wieder, daß sie sich aus ihrem persönlichen Recht des Erbantritts unter der Vorsicht des Erbverzeichnisses nach L. R. S. 802 jeder persönlichen Verbindlichkeit für die Schulden der Erbschaft entschlagen können. Daß aber die Gläubiger mit ihrer Klage zuwarten und den Ausgang der etwaigen Rechtsstreite über das Erbrecht abwarten müssen, folgt um so weniger daraus, als der L. R. S. 802 davon kein Wort erwähnt, vielmehr dem Erben die Pflicht auflegt, den Gläubiger zu bezahlen, wovon er sich nur dadurch frei machen kann, daß er den Gläubigern die Verlassenschaft überläßt. Die hier freilich nur für die erbende Ehefrau ausgesprochene Meinung würde aber den ganzen Rechtsverkehr hemmen und zerstören, denn wenn es bei der erbenden Ehefrau ungewiß ist, ob sie das Erbvermögen behält, so kann dieses auch bei dem Staat, bei den natürlichen Kindern eintreten, und in allen solchen Fällen müßten daher die Erbschaftsgläubiger bis zum Ausgang der schon bestehenden und selbst der noch drohenden Prozesse, also 30 Jahre lang, zuwarten, weil bis dahin an solche außerordentliche Erben die Ausfolgung der Erbschaft verlangt werden kann. Aber nicht nur bei den Erbfolgern, sondern überhaupt bei dem Erbgang, kann eine Ungewißheit des Erbrechts und Prozeß darüber eintreten, wenn die gesetzlichen Erben dem Testamentserben sein Testament bestreiten; wenn gesetzliche Erben über den Erbgrad streiten, so ist es auch ungewiß, wer Erbe ist, und in allen diesen Fällen müßten alsdann die Gläubiger zuwarten. So kann es nicht seyn, und es hätte den Gerichtshof eine ganz einfache Bemerkung von der Unrichtigkeit seines Urtheils überzeugen können. Wenn nämlich die Ehefrau deshalb nicht passiv legitimirt war, weil es bei ihrem Rechtsstreit mit nähern Erben ungewiß ist, ob sie Erbfolgerin bleibt, so bezieht sich dieses darauf, daß also gegen sie, als Vertreterin der Verlassenschaft, die Schulden derselben nicht vor den Richter gebracht werden können. Nun besteht aber zumal eine zu Rechtsstreiten über das Eigenthum Anlaß gebende Erbschaft wohl nicht nur aus Schulden, sondern auch aus Rechten, und wenn daher die Ehefrau nicht zu den Schulden der Erbschaft passiv legitimirt ist, so ist sie nothwendiger Weise auch zu den Rechten der Erbschaft nicht activ legitimirt, so daß also zwar eine Erbschaft von einer Ehefrau besessen und benutzt werden kann, von ihr aber keine Klage wegen der Rechte der Verlassenschaft zu erheben, und gegen sie keine Klage wegen der Schulden zu richten ist. Zu welchen Reihen von Rechtsverhältnissen alsdann das Recht der Ehefrau zu zählen ist, weiß ich wenigstens nicht zu enträthseln, denn ein juristisches Räthsel ist es sicher und gewiß.

Sander.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Meineid.

In der Nacht vom 23. Mai 1836 ist der beurlaubte Kanonier F. S. Back in Roth durch einen Schuß mit Schroten verwundet worden.

In seiner Erzählung über den Hergang des Vorfalls hatte er unter Anderm angegeben: „Aus dem Hirsch nahm ich eine Bouteille Wein mit und brachte sie meinem Mädchen, der Therese Merr, an ihr Haus.“

Die hierüber als Zeuge vernommene Th. Merr, welche im Monat Januar 1836 das neunzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat, sagte vor der Beeidigung aus: „Ehe Back Soldat wurde, hatte er Bekanntschaft mit mir, später duldeten es meine Leute nicht mehr. Am Pfingstmontag Nachts, ich weiß nicht wie viel Uhr es war, klopfte es an meinem Fenster, ich stand auf und sah den Back

Digitized by Google

und Bender vor dem Fenster. Als ich dieses bemerkte, machte ich das Fenster wieder zu und sprach nichts mit ihm. Diese beiden waren allein und weder der eine noch der andere hat mir eine Bouteille Wein überreicht. Ich hörte, da ich darauf schlief, weder daß Streithändel vorfielen noch aber daß ein Schuß fiel und kann in der Sache durchaus nichts angeben. Dies ist alles und die reine Wahrheit und dies kann ich beschwören."

Diese Angabe bestätigte sie nach der Beeidigung. Allein bei ihrer dritten Vernehmung erklärte sie: „Ich muß jetzt eingestehen, daß Back mir damals einen Schoppen Wein vor mein Schlafzimmerfenster brachte, wovon ich ein wenig trank. Während diesem gab es in der Ferne Streit. Back sagte, er wolle auch hingehen. Als er fort war, machte ich mein Fenster zu und weiß nichts Weiteres. Dieß sagte ich deshalb früher nicht, weil ich voll Angst war und eigentlich nicht wußte, was ich sagte."

Auf den Vorhalt, daß sie eine unwahre Angabe eidlich bestätigt hätte, erwiederte sie: „Ich wußte nicht, daß ich einen Eid ablegte; denn in Roth sagte man mir, daß der Amtstisch schwarz gedeckt werde; da dies aber nicht geschah, so glaubte ich, daß ich auch nicht geschworen habe. Deswegen bestätigte ich meine frühere Angabe und auch aus dem weiteren Grunde, weil unterwegs unbekannte Leute mir sagten, ich müsse eben so wie früher aussagen."

Auf weiteres Befragen: „Ich wurde bei dem Pfarrer über den Eid belehrt und auch bei Amt, übrigens entsinne ich mich nicht, gehört zu haben, daß der Amtsvorstand sagte, daß der falsche Eidschwur Zuchthausstrafe nach sich ziehe."

Das desfallsige Protocoll vom 3. August 1836 besagt wörtlich:

„Der Ladung zufolge erschien heute Th. Merx von Roth und legt pfarramtliches Zeugniß über erhaltene Eidesbelehrung vor. Der großherzogl. Amtsvorstand belehrte dieselbe nochmals kurz über die Wichtigkeit des Eides und Folgen des Meineides, und nahm ihr nach vorgelesener Beeidigungsformel und nachdem dieselbe erklärt hatte, alles wohl verstanden zu haben, den Eid eidesordnungsmäßig ab, worauf man der Comparentin ihre Aussage vom 3. Juni d. J. nochmals wortdeutlich vorlas, worauf dieselbe erklärt: „Meine mir so eben vorgelesene Aussage ist reine Wahrheit, die ich ohne Abänderung und Zusatz auf meinen so eben abgelegten Eid als wahr bestätige."

Der Ortsvorstand gibt der Merx das Zeugniß eines sehr guten und rechtschaffenen Betragens.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 20. Dec. 1836 ward zu Recht erkannt:

„daß Nikolaus Mesch von Roth der versuchten Tödtung des Kanoniers Franz Back allda zwar für schuldig, jedoch wegen erwiesener gerechter Nothwehr für straflos zu erklären und mit allen Kosten zu verschonen sei."

Bei Fällung dieses Urtheils hat der Gerichtshof auf den Umstand, ob Back der Merx in jener Nacht eine Flasche Wein gereicht oder nicht, gar keine Rücksicht genommen.

Das Amt wurde jedoch hiebei angewiesen

1) die Untersuchung gegen die Th. Merx wegen Meineids in einem besondern Fascikel zu führen,

2) die Inculpatin vorerst noch artikulirt über das ihr zur Last gelegte Verbrechen zu constituiren und

3) die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung des Fr. Back — daß er nämlich die Weinbouteille nicht der Merx, sondern der Philippine Weiß, dem Mädchen des Bender, gebracht und daß er die Merx zur Abänderung ihrer beeidigten Angabe überredet habe — durch Vernehmung des Soldaten Bender, des Vinzenz Steger und des Philipp Mesch, welche alle angegeben, daß Back bei der Merx gewesen sei, so wie durch Constituirung und nöthigenfalls Confrontirung der Angeschuldigten näher zu eruiren rc.

In dem hierauf unterm 5. Januar d. J. mit der Inculpatin abgehaltenen Verhöre stellte man ihr die Frage: ob sie sich noch erinnern könne, was sie als Zeuge in der Untersuchung gegen Nicolaus Mesch wegen versuchter Tödtung des Fr. Back ausgesagt habe? „Ja wohl," versetzte sie; „am Pfingstmontag Abends v. J., als die fragliche Verwundung vorfiel, kamen Soldat Fr. Back und Joseph Bender von Roth an mein Stubenfenster, der eine von ihnen klopfte, worauf ich aufstand, das Fenster aufmachte und als ich die gedachten Personen erkannte, es wieder schloß und mich ins Bett legte; ich weiß nicht, ob ich etwas zu ihnen gesprochen habe. Keiner derselben aber hat mir eine Bouteille Wein überreicht."

Dieß sei, fügte sie hinzu, die reine Wahrheit.

Befragt: ob sie sich noch erinnern könne, diese ihre Aussage in der Folge abgeändert zu haben? erwiederte die Angeschuldigte: „Ja wohl; ich habe in meiner späteren Erklärung meine Aussage in der Beziehung abgeändert, daß ich angab, daß Soldat Back eine Bouteille Wein an jenem Abend gehabt und daß ich davon getrunken hätte."

Auf die weitere Frage: was sie zu dieser Abänderung bewogen? gab dieselbe zur Antwort:

„Soldat Back hat mich hiezu überredet, denn er sagte mir, er habe in seinem Verhöre dieses Umstandes wegen der Bouteille erwähnt und ich solle, damit er nicht in Widerspruch komme, angeben, daß ich in jener Nacht, als er mit dem Bender vor meine Wohnung kam, Wein von ihm getrunken hätte. Dabei hat er mir gedroht, wenn ich nicht nach seinem Verlangen aussage, mich zu schlagen."

Digitized by Google

Die Inculpatin versichert dabei, daß diese Zumuthung jedenfalls nach ihrer Beeidigung und zwar ohne daß Jemand zugegen war, geschehen sei.

Sie erklärt wiederholt ihre heutige Angabe für die einzig richtige, die andere aber, wornach ihr Back Wein gebracht hätte, für durchaus unwahr.

Ihre Mutter sagte unbeeidigt aus:

„Ich erinnere mich noch, daß in der Nacht am Pfingstmontag v. J. etwa um 12 Uhr es an meinem Fenster klopfte. Meine Tochter, welche bei mir schläft, stand damals auf, gieng ans Fenster und machte dasselbe auf. Dieselbe machte aber, wie ich bemerkte, das Fenster gleich wieder zu, ohne mit der Person, welche vor dem Fenster stand, zu sprechen. Ich kenne die letztere nicht und habe auch nicht gehört, daß solche mit meiner Tochter gesprochen hat. Eben so wenig ist mir bekannt, daß diese unbekannte Person eine Bouteille Wein gehabt und daß meine Tochter davon getrunken habe."

Soldat Bender bezeugte, daß Back, als er der Merr am Fenster klopfte, eine Bouteille Wein bei sich gehabt habe. Da er jedoch in dem Augenblicke, als das Fenster geöffnet worden, auf die Seite gegangen sei, so könne er nicht behaupten, ob Back seinem Mädchen Wein angeboten oder letzteres davon getrunken habe. Auch sei ihm nicht bekannt, daß Back der Philippine Weiß in jener Nacht Wein gebracht und daß derselbe späterhin die Merr überredet habe, ihre Aussage nach seiner Angabe einzurichten, oder irgend etwas Aehnliches.

Vinzenz Steger sah zwar den Back bei seinem Mädchen am Fenster und den Bender etwa 6 bis 7 Schritte seitwärts im Hofe stehen, allein er bemerkte bei Back keine Bouteille und weiß auch davon nichts, daß dieser seinem Mädchen Wein angeboten habe. Ob derselbe der Weiß in jener Nacht Wein gebracht oder ob er nochmals die Merr überredet habe, in der fraglichen Untersuchungssache zu seinen Gunsten auszusagen, ist diesem Zeugen unbekannt. Philippine Weiß will ebenfalls nichts davon wissen, daß ihr Back in jener Nacht Wein gebracht habe. Sie meint, derselbe habe auch keine Veranlassung dazu gehabt, weil er nicht mit ihr, sondern mit der ledigen Th. Merr Bekanntschaft habe.

Philipp Mesch konnte aus eigener Wahrnehmung nichts hierher Bezügliches angeben. Kanonier Back, bei dem Garnisonsauditorat in Karlsruhe vernommen, widerrief jetzt seine frühere Angabe, der Merr in der fraglichen Nacht eine Bouteille Wein gebracht zu haben. Er gibt vor, damals betrunken gewesen zu seyn und die Sache nicht mehr recht gewußt zu haben. Später habe er sich aber erinnert, daß Bender und er die Bouteille auf der Straße mit einander ausgetrunken und sie dann bei Seite gestellt hätten.

Uebrigens wiederholte er, der Merr nach seiner Einvernehmung beim Amte Philippsburg gesagt zu haben, sie solle beim Amt ebenfalls angeben, daß er ihr den Wein vor ihre Wohnung gebracht hätte, damit ihre Aussagen mit einander übereinstimmten. Daß er der Merr auch gedroht habe, sie zu schlagen, könne er sich nicht erinnern. Sie hätte ungeachtet seiner Aufforderung doch die Wahrheit angeben können. Nachher habe er nicht mehr mit ihr gesprochen.

Bender, nochmals vernommen, widersprach geradezu mit Back aus der Bouteille getrunken zu haben.

Auf Eröffnung dieser Aussage erklärte Back, daß er nicht ganz bestimmt wisse, ob Bender wirklich aus der Bouteille getrunken habe, weil er damals berauscht gewesen sei. In dieser Lage wurden die Acten dem großherzogl. Hofgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Der Referent erklärte die Inculpatin des Meineids, begangen durch wissentliche und vorsätzliche Ablegung eines falschen Zeugnisses, für schuldig, indem er vortrug: Zuerst bestätigte sie eidlich die Angabe, daß Back zwar an ihr Fenster gekommen wäre, ihr aber keinen Wein gebracht hätte. — Später erklärte sie diese Angabe für falsch und versicherte, Back hätte ihr Wein ans Fenster gebracht und sie hätte davon getrunken. — Jetzt versichert sie, ihre erste Angabe wäre die richtige; die zweite unwahre Angabe hätte sie nur gemacht auf Zureden des Back, um mit diesem nicht in Widerspruch zu stehen. Mag nun ihre erste Angabe oder die spätere die unwahre seyn, auf jeden Fall hat sie entweder durch die falsche Bestätigung der ersteren oder die falsche Aussage der spätern gegen besseres Wissen eine falsche Angabe eidlich oder auf den abgelegten Eid bestärkt und dadurch sich unbezweifelt eines Meineids schuldig gemacht. Die Verschiedenheit der Angabe liegt nicht in einem Irrthum, sondern sie geschah absichtlich und vorsätzlich *). Auch die Ueberredung durch Back ändert die Sache nicht; sie macht nur diesen als intellectuellen Urheber ebenfalls strafbar, nach den Schlußworten des Artikels 107, c. c. c. Die weiteren Erfordernisse des Meineids sind ebenfalls vorhanden. Die Inculpatin wurde vor der Beeidigung pfarramtlich belehrt und bei der Beeidigung gewarnt vor Meineid. Früher brachte sie einige Entschuldigungen vor, die glauben machen sollten, als hätte sie die Eidesleistung nicht für eine wirk-

*) Die Verletzung eines Versicherungseides hat allemal die Vermuthung des bösen Vorsatzes gegen sich. Tittmann, Handbuch ꝛc. II. Bd. §. 320. D. Eins.

Digitized by Google

liche Beeidigung gehalten; jetzt aber bezieht sie sich nicht mehr darauf, sondern erklärt die erste Angabe für richtig und die zweite für falsch.

Unter Bezug auf §. 49 im Anhang zum Strafedict, wo es heißt: „Ein Meineid eines Zeugen zu Gunsten eines Verbrechers unterliegt der Strafe des Bruchs eines besonderen Verspruchseides, als der geringsten Strafe eines falschen Zeugnisses" — wurde der Antrag gestellt, auf einjährige Zuchthausstrafe ꝛc. gegen die Inculpatin zu erkennen.

Anderer Meinung war der Instructivvotant, weil zum Thatbestand des Meineids eines Zeugen noch weiter erfordert werde, daß die Aussage erheblich, d. h. möglicher Weise von Einfluß auf die Untersuchung sei. Verwerfe man diese Ansicht, so müsse man auch ein Mädchen strafen, welches, eifersüchtig auf seine Jugend, ad personalia das Alter z. B. statt auf 24 nur auf 21 Jahre angebe. Hier würde man ein Vergehen gegen Gott, aber nicht gegen den Staat oder einen Bürger rächen, wozu der Richter nicht berufen sei *). Aber auch hiervon abgesehen, beschränke unser Gesetz den Meineid in Criminalfällen darauf, daß Jemand zum Nachtheil des Verbrechers oder zu Gunsten desselben aussage, resp. falsches Zeugniß gebe. Keines von Beiden sei in der fraglichen Untersuchung geschehen und daher der vorliegende Fall auch nicht unter den §. 40 des Strafedicts und den betreffenden Zusatz in den Erläuterungen von 1812 zu subsumiren.

Trete man aber auch der Ansicht des Referenten bei, so lägen doch Gründe vor, von der ordentlichen Strafe bis auf einmonatliches Gefängniß herabzugehen,

Strafedict. §. 94, 96 und 98;

Grolmann. Grundsätze ꝛc. §. 169;

weil das falsche Zeugniß offenbar kein Product der Bosheit, sondern der Ueberredung und des Leichtsinns einer noch minderjährigen Person sei, die sich, wenn sie nicht wahrheitliebend wäre, durch bloßes Ableugnen und Beharren auf ihrer falschen Deposition, aus aller Verlegenheit hätte ziehen können, weshalb auch ihre Angabe, daß sie von Back verleitet und mit Schlägen bedroht worden sei, um so mehr Glauben verdiene, als derselbe wenigstens die Aufforderung eingestanden habe.

Ein anderer Votant wollte ausgesprochen wissen, daß wegen Mangel des Thatbestandes eines Meineids kein Grund zur Fällung eines gerichtlichen Erkenntnisses vorhanden sei.

Allein die Majorität, bestehend aus 3 Stimmen, legte besonderes Gewicht darauf, daß die Inculpatin unzweifelhaft die Absicht gehabt habe, in der Untersuchung gegen Nicolaus Mesch zu Gunsten des Back, welcher dort jedenfalls als Angreifer betheiligt gewesen sei, eine unwahre Thatsache auszusagen und so ihrem Geliebten einen Gefallen zu erweisen *). Uebrigens wolle der in den Erläuterungen §. 49 gebrauchte Ausdruck „Verbrecher" nur andeuten, daß von falschem Zeugnisse in einer peinlichen Untersuchungssache die Rede sei. Der böse Vorsatz sei hier der Gesichtspunkt, von welchem der Richter ausgehen müsse **). Wäre die falsche Aussage von Einfluß gewesen auf die richterliche Beurtheilung des dem Ric. Mesch zur Last gelegten Versuchs einer Tödtung, so hätte die Inculpatin ihrerseits alles gethan gehabt, um den Richter irre zu leiten ***). Wollte man es als ein wesentliches Erforderniß des Thatbestandes ansehen, daß der Zeuge im Voraus das Gewicht, welches der Richter auf die falsche Aussage legen werde, richtig berechnet habe, so würde von der Bestrafung falscher Zeugnisse oder von dem Meineide der Zeugen nicht wohl die Rede seyn können. Auch die Minderjährigkeit könne der Inculpatin nicht zu statten kommen, da sie wenigstens vollmündig und in der Verstellung schon ziemlich geübt sei; denn als sie bei ihrer dritten Vernehmung die falsche Angabe, daß ihr Back Wein gebracht habe, unter dem Scheine eines Eingeständnisses machte, setzte sie hinzu: „dieß sagte ich deshalb früher nicht, weil ich voll Angst war und eigentlich nicht wußte, was ich sagte," während sie das erstemal und bei ihrer Beeidigung der Wahrheit treu geblieben war! Ja, sie gieng

*) In so fern gibt aber auch der Zeuge nur eine Eigenschaft seiner Person unrichtig an, ohne über die Sache selbst auszusagen. Der Zeuge wird nicht beeidigt, um über seine Persönlichkeit zu deponiren. In dieser Beziehung kann daher von einem Meineide niemals die Rede seyn. D. Eins.

*) Abegg, im Archiv des Criminalrechts, N. F. Jahrgang 1834 S. 586 bemerkt: „Wer aus Mitleid z. B. mit einem Angeschuldigten, den er von Strafe zu befreien sucht, oder aus Furcht, z. B. vor den Drohungen des Anstifters (s. g. intellectuellen Urhebers, der einen Zeugen unterrichtete) oder selbst ohne dergleichen Drohungen, nur in der Voraussetzung, jenem nicht widersprechem zu dürfen, wider besseres Wissen und Gewissen die eidlich übernommene Verpflichtung, die Wahrheit auszusagen, sie nicht zu unterdrücken und nicht zu entstellen, verletzt, der macht sich eines Meineids schuldig. D. Eins.

**) Die Eidespflicht bezieht sich überhaupt darauf, daß die Aussage wahrhaftig sei und das Versprechen erfüllt werde. Tittmann a. a. O. §. 318. D. Eins.

***) Das Verbrechen war mithin vollendet, wenn gleich Niemand dadurch beschädigt wurde. Henke, Handbuch ꝛc. III. Bd. S. 736. Feuerbach, Lehrbuch ꝛc., herausgegeben von Mittermaier, §. 420. Wächter, Lehrbuch ꝛc. II. Theil, S. 158. D. Eins.

Digitized by Google

so weit, daß sie dem Untersuchungsrichter sogar vorzuspiegeln suchte, als hätte sie geglaubt nicht geschworen zu haben, weil der Tisch nicht schwarz gedeckt gewesen sei! Die angebliche Ueberredung und Bedrohung dürfe ihr daher ebenfalls nicht zur Milderung gereichen *).

Das hierauf gefaßte Urtheil vom 9. Mai d. J. erkennt zu Recht:

„daß Th. Merx von Roth des Meineids für schuldig zu erklären, daher unter feierlicher Ehrenentsetzung zu einer in Bruchsal zu erstehenden Zuchthausstrafe von einem Jahr und in die Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu verurtheilen, auch dieses Urtheil öffentlich zu verkünden sei." Bayer.

III.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Zwei Entscheidungen aus dem Gesetz über die Aufhebung der Herrenfrohnden.

1.

von Venningen gegen Neidenstein.

Die Klage war auf Zahlung des Ablösungscapitals für walzende und persönliche Frohnden zugleich gegen die Gemeinde gerichtet. Der Unterrichter verfügte aber unterm 26. Nov. 1836:

„Die Klage findet angebrachtermaßen nicht Statt. Die Kosten hat Klägerin zu bezahlen."

Das Untergericht hielt nämlich die Gesammtzahl der Pflichtigen, aber nicht die Gemeinde als solche, für die rechte Beklagte und vermißte in der Klage die Anführung, daß die Sache bereits im Administrativwege verhandelt, so wie die Angabe, ob dort nur das Maß der Berechtigung oder diese selbst bestritten worden sei? Die Grundherrschaft glaubte sich nun beschwert,

1) weil durch die Anstellung der Klage schon dargethan sei, daß man im Administrativwege nichts ausgerichtet habe; auch

2) weil das Frohndablösungsgesetz dem Berechtigten, welcher, wie hier, bereits aus den gepflogenen Vergleichsversuchen mit der Gemeinde deren Ansicht kenne, nirgends ausdrücklich verbiete, sogleich den Rechtsweg zu betreten; sodann

3) weil, wenn in der Klage auch nicht expresse angegeben gewesen, ob das Frohndrecht oder Frohndmaß bestritten sei, die Bestreitung von beiden daraus hervorgehe, daß man sich für das Recht auf einen vielhundertjährigen Besitz berufen und für das Maß eine Berechnung beigelegt habe; ferner

4) weil nach §. 8 des Ablösungsgesetzes die Gemeinde für alle Frohnden belangt werden könne; endlich

5) weil der Unterrichter die Klage ganz verworfen habe, während doch hinsichtlich der persönlichen Frohnden die Gemeinde unbezweifelten Rechtens die wahre Beklagte sei.

Es wurde gebeten, das unterrichterliche Erkenntniß entweder gänzlich oder doch in so weit, als es die persönlichen Frohnden betrifft, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten, aufzuheben und die Ladung für zulässig zu erkennen. Auf mündliche Verhandlung wurde jedoch durch hofgerichtliches Urtheil vom 15. April d. J. das amtliche Erkenntniß, unter Verfällung des appellantischen Theils in die Kosten, lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß in der Klage nur angeführt ist, es sei über die Festsetzung des Ablösungscapitals kein Vertrag zwischen der Grundherrschaft und der Gemeinde Neidenstein zu Stande gekommen;

In Erwägung, daß in einem solchen Falle der Frohndberechtigte sich nach §. 21 des Gesetzes über die Aufhebung der Herrenfrohnden zu benehmen und erst dann, wenn das Maß der Berechtigung oder diese selbst bestritten wird, die Verweisung auf den Rechtsweg von dem Administrativrichter zu gewärtigen hat;

In Erwägung, daß zwar in der Appellationsbeschwerdeschrift behauptet wird, die Grundherrschaft sei, nachdem sie bereits ihre Ansprüche im Administrativwege geltend gemacht, und die Gemeinde sowohl die Frohndberechtigung als das Maß derselben bestritten hatte, in den Rechtsweg verwiesen worden;

In Erwägung aber, daß hier, wo gegen versagte Ladung appellirt wird, nach §. 1233 der Prozeßordnung kein Vorbringen neuer Thatsachen Statt findet;

In Erwägung, daß auch das Klagbegehren, wornach die Gemeinde zur Zahlung eines bestimmten Ablösungscapitals verurtheilt werden soll, ganz ungeeignet ist, da über die Größe des Ablösungscapitals jedenfalls nur der Administrativrichter zu erkennen hat, während der Civilrichter seine Entscheidung lediglich darauf beschränken müßte: ob und in welchem Maße die Beklagten vordem frohndpflichtig waren?

Nach Ansicht der §§. 169 und 359 der Prozeßordnung A. d. Gr. ꝛc.

*) Abegg, a. a. Orte, referirt einen Fall, wo ein Dienstbote, welcher als Zeuge in einer Civilstreitigkeit der Aufforderung seines Herrn zufolge gewisse Worte, die er nicht selbst vernommen, wirklich gehört zu haben versicherte, des Meineids für schuldig erkannt worden ist, ohne daß nur erwähnt wird, ob und in wie fern seine Aussage auf die Entscheidung des Rechtsstreits von Einfluß hätte seyn können. D. Eins.

Digitized by Google

2.

von Venningen gegen Grombach.

In diesem Falle war das Ablösungscapital für blos persönliche Herrenfrohnden gegen die Gemeinde eingeklagt, nachdem der Administrativrichter die Grundherrschaft vorher auf den Rechtsweg verwiesen hatte.

Der Unterrichter verfügte jedoch unterm 24. December 1836:

„Die Klage findet nicht Statt. Die Kosten hat Klägerin zu zahlen."

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß der klägerische Sachwalter die Gemeinde Grombach als Beklagte bezeichnet, während er in der Klage auseinandersetzt, daß nur die einzelnen Bürgee und Bürgerwittwen das Surrogat der Naturalfrohnden zu leisten schuldig seien;

In Betracht, daß der klägerische Sachwalter die abzulösenden Frohnden als Peesonalfrohnden bezeichnet;

In Erwägung, daß das Gesetz vom 28. Decembee 1831, die Aufhebung dee Herrenfrohnden betreffend, nur die Gemeinde als moralische Persönlichkeit zur Vertretung sämmtlicher Ortsbürgee hinsichtlich der Zahlung der Ablösungssumme aufruft, wenn keinerlei zum eigentlichen Rechtsaustrag ausgesetzte Streitigkeiten obwalten;

In Betracht, daß aber die politische Gemeinde als moralische Persönlichkeit ein füe sich abgeschlossenes Rechtssubjekt ist, für welches keine Rechtspflicht vorhanden ist, aus ihrem Veemögen die einzelnen Mitglieder der Gemeinde hinsichtlich der civilrechtlichen Streitigkeiten derselben zu vertreten;

In Eewägung, daß sohin nicht die politische Gemeinde Grombach die rechte Beklagte ist, sondern daß die einzelnen hereenfrohndpflichtigen Gemeindebürgee, resp. Bürgerwittwen zu Grombach belangt werden müssen;

Nach Ansicht des §. 358 der Prozeßordnung ꝛc.

Dagegen ergriff die Grundherrschaft das Rechtsmittel der Berufung und stellte den Antrag: das amtliche Erkenntniß, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten, aufzuheben und Ladungsverfügung zu verordnen.

Allein durch hofgerichtliches Urtheil vom 13. Mai d. J. ward das amtliche Erkenntniß, unter Verfällung der Appellantin in die Kosten, mit der Modification bestätigt, daß die Klage angebrachteemaßen nicht Statt finde.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß der Richter nicht befugt ist, die Einrede des unrechten Beklagten von Amtswegen vorzuschützen, und daraufhin die Ladung zu versagen;

In Erwägung dagegen, daß nur die Frohndpflicht, beziehungsweis die Schuldigkeit zur Leistung eines Surrogats, hier Gegenstand der Civilklage seyn konnte, da nach Entscheidung dieser zum bürgerlichen Rechtsaustrag verwiesenen Streitfrage das Ablösungscapital von dem Administrativrichter festgesetzt werden muß;

Nach Ansicht der §§. 169 und 339 der Prozeßordnung A. d. Gr. ꝛc.

Anmerkung. Bei der hofgerichtlichen Deliberation hatte man wenigee Bedenken darüber, daß bei persönlichen Frohnden die Gemeinde als solche die eechte Beklagte sei, als in Ansehung der Frage: ob dee Richter nach den §§. 88 und 91 der Prozeßordnung nicht befugt und sogar verpflichtet sei, die Passivlegitimation des Beklagten gleichbald ex officio zu prüfen? Man nahm zwar als unbezweifelt an, daß der Kläger allerdings die Thatumstände anzuführen habe, aus welchen hervorgeht, daß der Beklagte es ist, gegen den ihm die Klage zusteht; allein man glaubte auch aus den Worten des §. 91 „in jeder Lage des Rechtsstreits" im Vergleich mit den §§. 252 und 357 bis 360, worin überall nicht von einer Ladungsversagung wegen mangelndee Sachlegitimation des Beklagten die Rede ist, mit Recht folgern zu dürfen, daß die Passivlegitimation erst nach der Vernehmlassung des Beklagten zu würdigen sei, dies um so mehr, als eigentlich jetzt erst ein Rechtsstreit bestehe, und der Richter sich im Stand befinde, mit Umsicht zu ermessen, ob der Beklagte den streitigen Gegenstand wirklich zu vertreten habe oder nicht? Da indessen die Klage aus einem andern, vom Unterrichter nicht berührten Grunde angebrachtermaßen verworfen werden mußte, so schien es noch nicht an der Zeit zu seyn, sich über die Sachlegitimation des beklagten Theils jetzt schon auszusprechen, weil man der Vertheidigung desselben keineswegs vorgreifen wollte.

Bayer.

Hauptredacteue: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe den 15. Juli 1837.

I.

Bemerkungen über die Abschaffung der körperlichen Züchtigung und über die dabei eingeführten Strafabkürzungen des dunkeln Arrests und der Hungerkost.

Man hört nicht selten, zumahl von Seiten der Beamten, Klagen über die abgeschaffte körperliche Züchtigung, und über die daraus abgeleiteten Folgen, daß ihnen jetzt nichts übrig bleibe, als gewöhnliches bürgerliches Gefängniß, worüber junge kräftige Pursche nur deshalb spotteten, weil sie solches als ein willkommenes Mittel ansähen, ihrer Trägheit zu fröhnen. Da auch durch eine Justizministerialverordnung vor einigen Jahren der Grundsatz ausgesprochen wurde, daß die Abkürzungen der bürgerlichen Gefängnißstrafe durch Hungerkost und dunkeln Arrest nur stellvertretend für die abgeschaffte körperliche Züchtigung zu erkennen seien, also nur angewendet werden dürften, wo früher die körperliche Züchtigung insbesondere als Zusatz einer bürgerlichen oder polizeilichen Strafe erkannt, und bis wohin sie in Gefängnißstrafe verwandelt wurde, so läßt sich nicht läugnen, daß von diesen doch so kräftigen Strafabkürzungen ein sehr beschränkter Gebrauch gemacht wird, so zwar, daß z. B. hier nur bei dem Vergehen des Diebstahls auf die erwähnten Strafabkurzungen erkannt wird, und neulich bei Bestrafung eines Familiendiebstahls derlei Strafabkürzungen nicht beliebt wurden. Es wird sich aber nachweisen lassen, daß sowohl nach unsern allgemeinen Strafgesetzen, als auch insbesondere nach dem Gesetz über die Abschaffung der körperlichen Züchtigung vom 25. Nov. 1831, dieser beschränkte Gebrauch keineswegs gerechtfertigt werden kann.

Was nun vorerst die Hungerkost betrifft, so wird man zugeben müssen, daß alle sonstigen Bestimmungen unserer Strafgesetzgebung, welche einschlagenden Falls in dem Gesetz vom 25. Nov. 1831 nicht aufgehoben worden sind, noch fortdauern. Davon ausgegangen, so bestimmt der §. 37 unseres Strafedicts der nicht über acht Tage andauernden gemeinen Gefängnißstrafe überhaupt die Hungerkost, bestehend bei Gesunden in Wasser und Brod, und bei Schwächlichen in Suppe, Wasser und Brod, und wo also irgend eine Gefängnißstrafe von nicht über acht Tagen angesetzt wird, müßte solche nach §. 37 des Strafedicts mit Hungerkost erstanden werden. Allerdings soll jetzt die Hungerkost nur je über den andern Tag angesetzt, und ein Tag mit Hungerkost für zwei Tage gewöhnlicher Gefängnißstrafe gerechnet werden, allein daraus folgt nicht, daß nunmehr der §. 37 des Strafedicts ganz aufgehoben ist, sondern nur das folgt daraus, daß seine ganz allgemeine Einführung der Hungerkost jetzt nur nach den nähern Bestimmungen des Gesetzes vom 25. Nov. 1831 angewendet werden kann, und wenn also ein Richter eine achttägige Gefängnißstrafe erkennen will, so steht ihm nichts im Wege, solche durch Hungerkost je über den andern Tag auch da abzukürzen, wo er sonst keine körperliche Züchtigung erkannt hätte. Ja, da der §. 37 eine achttägige fortdauernde Hungerkost voraussetzt und zuläßt, so wird man jetzt, bei dem Aussetzen der Hungerkost je über den andern Tag und bei der daraus folgenden doppelten Zählung des Tags der Hungerkost für zwei Tage Gefängniß, annehmen dürfen, daß man auch für längere Gefängnißstrafe, als wie für die im §. 37 erwähnten acht Tage, die Hungerkost so lange anwenden kann, als bis acht Tage Hungerkost neben den Aussetztagen erstanden sind, so daß also acht Aussetztage ohne Hungerkost, und acht Tage Hungerkost erkannt werden dürfen. Letztere sind dann für vierzehn Tage zu berechnen, so daß daher dem Beamten auf den Grund des §. 37 des Strafedicts die Anwendung der Hungerkost bis zu einer ideellen Höhe der Gefängnißstrafe von drei Wochen zusteht.

Will man sich aber bei Erkennung der Hungerkost und des dunkeln Arrests als reine Surrogate der abgeschafften körperlichen Züchtigung an die Bestimmungen des Gesetzes vom 25. Nov. 1831 halten, so darf man nicht übersehen, daß sie dorten keineswegs allein auf den Fall beschränkt werden, wo die körperliche Züchtigung als Zusatz einer

Digitized by Google

bürgerlichen oder polizeilichen Strafe erkannt wurde, sondern daß sie auch da einzutreten haben, wo nach den Gesetzen die körperliche Züchtigung eine für sich bestehende Strafe war, welche alsdann eben so gut bürgerlicher als polizeilicher Natur seyn konnte, als sie als Zusatz einer bürgerlichen oder polizeilichen Strafe vorgekommen ist. Frägt man nun nach jenen Straffällen, wo die körperliche Züchtigung als alleinstehende Strafe gesetzlich vorgeschrieben war, so werden sich solche, zumahl nach Aufhebung der im Gesetz vom 25. Nov. 1831 aufgeführten Fälle, nicht einzeln bezeichnen und herausheben, zum wenigsten nicht mit ausdrücklichen Bestimmungen eines Gesetzes belegen lassen. Allein, wenn man bedenkt, welch große Rolle der Stock in unsern Strafsachen vor seiner Zerbrechung gespielt hat, so muß man wohl mit Gewißheit behaupten können, daß diese häufige Anwendung doch nicht ganz und allein auf einem Mißbrauch beruht hat, und es muß sich daher irgend eine gesetzliche Bestimmung nachweisen lassen, aus welcher die so allgemeine Anwendung des Gottlob überstandenen Prügelsystems entsprungen ist. Als eine solche besteht auch die Vorschrift des §. 36 des Strafedikts, wornach ohne Beschränkung für besondere Straffälle die Stockstreiche als bürgerliche und polizeiliche Korrectionen für ledige Personen eingeführt worden sind und zuerkannt wurden. Hier waren sie keine Zusätze zu andern Strafen, sondern eine für sich bestehende Strafe, und eben deshalb wird auch in der wörtlichsten Anwendung des Gesetzes vom 25. Nov. 1831 der Anwendung der Surrogate für die körperliche Züchtigung da nichts im Wege stehen, wo sie früher auf den Grund des §. 36 als selbstständige Korrection erkannt wurde. Es hat daher der Richter bei einem vorkommenden Straffall sich nur zu fragen, ob er denselben früher auf den Grund des §. 36 des Strafedikts oder einer andern gesetzlichen Bestimmung, zumahl in Polizeisachen, mit einer körperlichen Züchtigung angewendet haben würde, und kann er sich diese Frage bejahen, so steht der Anwendung der Surrogate der körperlichen Züchtigung, der Hungerkost und des Dunkelarrests, lediglich nichts im Wege, denn sie treten gerade für den Fall ein, wo die körperliche Züchtigung als selbstständige Strafe bestand. Doch hat er sich davor zu hüten, daß er diese Surrogate nicht in den in Art. 1, 2, 3 des Gesetzes vom 25. Nov. 1831 erwähnten Fällen anwendet, denn dorten ist nicht nur die körperliche Züchtigung als Strafart aufgehoben, sondern jede Strafe als solche ist abgeschafft. Unter diesen Voraussetzungen thut man auch dem Gesetz vom 25. Nov. 1831 gar keinen Zwang an, wenn man der Zuchthauspolizei das Recht einräumt, widerspenstige Züchtlinge mit Hungerkost und dunklem Arrest zu bestrafen, denn im Art. 5 des Gesetzes v. 25. Nov. 1831 ist offenbar und zum deutlichen Unterschied von den Artikeln 1 — 3 nur die körperliche Züchtigung als Strafgattung für Fehler gegen die Hausordnung aufgehoben, nicht aber sind diese Fehler selbst für straflos erklärt worden. Nun bestanden aber nach §. 27 des Strafedikts die Peitschenhiebe des Züchtlings für seine Fehler gegen die auferlegte Arbeit und gegen die Zuchthausordnung als selbstständige dafür eingesetzte Korrection, und unterliegen daher um so unzweifelhafter der Anwendung ihrer Surrogate mit Hungerkost und Dunkelarrest, als ja die erstere schon nach §. 35 des Strafedikts sogar bei Fehlern gegen die Hausordnung im Arbeitshaus eingeführt ist. Es ist die Annahme dieser Zulässigkeit der Hungerkost und insbesondere des Dunkelarrests für Züchtlinge um so nöthiger, als sonst im Wegfallen der körperlichen Züchtigung für den störrigen, widerspenstigen Züchtling, den man, im Zuchthaus befindlich, nicht mit gewöhnlicher Gefängnißstrafe zur Ordnung bringen kann, gar kein Mittel besteht, ihn zu bezwingen, und Ruhe und Ordnung zu halten.

Ueberhaupt aber scheint die Meinung, als wäre der Dunkelarrest und die Hungerkost nur als Surrogate der körperlichen Züchtigung eingeführt, und dürften deshalb nicht über die darnach zu berechnende Verwandlung von vierzehn Tagen, beziehungsweise drei Wochen Gefängniß erkannt werden, gar nicht durch das Gesetz vom 25. Nov. 1831 gerechtfertigt werden zu können. Es ist richtig, daß das Gesetz im Art. 4 nur da die Verwandlung der körperlichen Züchtigung in eine Gefängnißstrafe zuläßt, wo sie als für sich bestehende, oder als Zusatzstrafe eines bürgerlichen oder polizeilichen Vergehens erkannt wurde; allein daraus kann nicht geschlossen werden, daß nunmehr die Abkürzung der Gefängnißstrafe mittelst Hungerkost und Dunkelarrest nur da eintreten kann, wo eine körperliche Züchtigung erkannt worden wäre, und daß sie nur bis zu dem Theil des Gefängnisses eintreten darf, zu welchem die körperliche Züchtigung verwandelt worden ist, denn davon steht kein Wort im Gesetz. Wäre diese Beschränkung im Sinne des Gesetzgebers gelegen, so hätte er sagen müssen: diese Gefängnißstrafe kann abgekürzt werden; denn dann hätte sich das Wort diese nur auf jene Gefängnißstrafe bezogen, wovon oben die Rede ist, und oben war nur von jener Gefängnißstrafe die Rede, zu welcher die körperliche Züchtigung verwandelt wurde. Das Gesetz sagt aber ganz allgemein: die Gefängnißstrafe kann abgekürzt werden; und da nun im vorhergehenden Satz sowohl von einer Gefängnißstrafe die Rede ist, welche bei der allein bestandenen körperlichen Züchtigung, nach deren Verwandlung, ebenfalls allein steht, als auch von jener Gefängnißstrafe gesprochen wird, welche bei der Verwandlung der als Zusatz bestandenen körperlichen Züchtigung nunmehr zu der

Digitized by Google

schon vorher bestehenden Strafe des Gefängnisses hinzutritt, so bezieht sich also das Wort, die Gefängnißstrafe, ganz allgemein auf beiderlei Gefängnißstrafen, nämlich auf die erst durch Verwandlung der körperlichen Züchtigung entstandene, so wie auf die schon für sich bestehende Gefängnißstrafe, und beiderlei zusammengerechnete Größe kann also durch die Hungerkost und den Dunkelarrest abgekürzt werden. Das Gesetz nennt diese Abkürzung eine Verschärfung der Gefängnißstrafe. In so fern nun die körperliche Züchtigung einmal in Gefängnißstrafe verwandelt ist, so ist diese der andern Gefängnißstrafe ganz gleich, so daß sich gar kein Unterschied und Grund entdecken läßt, warum nun zwar die Gefängnißstrafe mittelst Hungerkost und Dunkelarrest abgekürzt werden kann, welche aus der verwandelten körperlichen Züchtigung herrührt, und warum dagegen jene Gefängnißstrafe nicht abgekürzt werden darf, welche auch als Strafe auf dem Vergehen stand, und welche im nämlichen Urtheil mit ausgesprochen werden muß. Gerade die Endsätze des Art. 4 sprechen bei der Abkürzung durch Hungerkost und Dunkelarrest von der gewöhnlichen Gefängnißstrafe, erkennen also an, daß zwischen der schon bestandenen und der erst durch Verwandlung der körperlichen Züchtigung erhaltenen kein Unterschied der Art besteht, der eine Abkürzung nur der letztern, nicht aber auch der erstern begründen könnte.

Die Gesetzgebung hat später in dem Forstgesetz vom 15. Nov. 1833 für die sonst nicht mit körperlicher Züchtigung geahndeten Forstfrevel im §. 144 ganz allgemein die Abkürzung des Gefängnisses mittelst Verschärfung durch Hungerkost und Dunkelarrest eingeführt, ohne dabei dieser Abkürzung die Grenzen zu stecken, welche man mit vierzehn Tagen, beziehungsweise drei Wochen in dem Gesetz vom 25. Nov. 1831 finden will, und hat damit jede Beschränkung dieser äußerst empfehlenswerthen Verschärfungen des Gefängnisses hinreichend verworfen. Eben weil aber durch die oben erwähnte Justizministerialverordnung diese Abkürzungen nicht nur in ihrer Anwendbarkeit auf jene Fälle beschränkt wurden, wo früher die körperliche Züchtigung als Zusatz einer bürgerlichen oder polizeilichen Strafe bestand, sondern sie auch nur dahin zugegeben sind, bis wohin die körperliche Züchtigung in Gefängnißstrafe verwandelt wurde, so ist die ganze Anwendung der Hungerkost und des Dunkelarrests eigentlich auf nichts reducirt, und mit einer Art von Interdikt belegt. Nicht nur Gründe finanzieller Sparsamkeit in den so großen Kosten der Erstehung gewöhnlicher Gefängnißstrafe, sondern insbesondere die gewissesten Erfahrungen, daß mit diesen Strafschärfungen allein und in den meisten Fällen der Gefängnißstrafe eine Wirksamkeit beigelegt werden kann, sprechen aber der Anwendung derselben auch von Seiten der Kriminalpolitik mächtig das Wort, so daß im Interesse der Strafgerechtigkeitspflege wohl gewünscht werden darf, daß man wenigstens das Interdikt aufhebe, und dadurch zeige, daß man einer mehr auf Anwendung der Hungerkost und des Dunkelarrests gehenden Auslegung des Gesetzes vom 25. Nov. 1831 nicht entgegen ist.

Sander.

II.

Oberhofgericht.

Findet gegen das hofgerichtliche Erkenntniß, wodurch die vom Unterrichter verfagte Ladung, mit oder ohne Zurückweisung der Sache, für zuläßig erklärt wird, ein weiterer Rechtszug Statt?

Seubert gegen Flegler.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 11. Febr. d. J. wurde erkannt: Es sei der amtliche Bescheid vom 14. Sept v. J., besagend:

„daß die Wiederherstellungsklage nicht Statt findet und der Restitutionskläger sämmtliche Kosten allein zu tragen hat“ —

unter Verfällung des Appellaten in die Kosten dieser Instanz, aufzuheben, die Ladung auf die Wiederherstellungsklage für zuläßig zu erklären und daher die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückzuweisen. Auf eine von dem appellatischen Anwalte eingereichte Actenabsendungsbitte ergieng unterm 28. März die hofgerichtliche Verfügung:

„findet die gebetene Actenabsendung nicht Statt, da gegen Ladungserkenntnisse, gleichviel in welcher Instanz sie erlassen werden, kein Rechtsmittel zuläßig ist.“ —

Indessen forderte das großherzogl. Oberhofgericht die Acten ein, weil in dem dort übergebenen Libell die Beschwerde auf den §. 1175 Nr. 3 der Prozeßordnung, und insbesondere auf die Ansicht gegründet war, daß die Sache, nach erkannter Ladung, bei dem Hofgerichte selbst hätte ausgehandelt und entschieden werden sollen.

Der oberste Gerichtshof lud hiernächst den Anwalt in die öffentliche Sitzung vom 16. Mai d. J. zur mündlichen Begründung der Zuläßigkeit des Rechtsmittels vor und faßte sodann nachstehenden

Beschluß:

Nach Ansicht des §. 1172 der Prozeßordnung, wornach die Statthaftigkeit des Rechtsmittels der Appellation da-

Digitized by Google

von abhängig ist, daß ein Urtheil ergangen, welches einen Streitgenstand zuerkennt oder abspricht, dessen Werth die Appellationssumme erreicht. In Anbetracht, daß der Streitgegenstand in obiger Rechtssache nur in 11 Gulden 30 Kreuzer besteht, es somit nach §. 1173 der Prozeßordnung an der zur Oberappellation erforderlichen Summe mangelt;

In Erwägung, daß auf den Grund des Ausnahmsgesetzes §. 1175 Nr. 3 der Prozeßordnung, nämlich wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens, diesem Rechtsmittel kein Eingang verschafft werden kann, weil die hofgerichtliche Reformatoria blos ein Ladungsdecret ist, es somit an der Grundbedingung der Statthaftigkeit desselben, nämlich des Zu- oder Absprechens eines Streitgegenstandes mangelt, weshalb auch der §. 390 der Prozeßordnung gegen bloße prozeßleitende Verfügungen ganz folgerichtig ein Rechtsmittel nur in der Art für zuläßig erklärt, daß erst mit der Appellation gegen das Endurtheil die Beschwerde dagegen verbunden werden könne; —

In Anbetracht, daß demnach die Frage, ob durch das hofgerichtliche Ladungsdecret vom 11. Febr. l. J. die Vorschriften des Formenrechts, insbesondere des §. 1238 der Prozeßordnung verletzt seien? zur Aburtheilung hierher gar nicht erwachsen kann, weil noch gar kein Endurtheil vorliegt, wird mit Berücksichtigung des §. 169 der Prozeßordnung, den Kostenpunkt betreffend, unter Verfällung des Oberappellanten in die Kosten dieser Instanz, die anher eingeführte Oberappellation als unzuläßig verworfen.

Bayer.

III.

Ueber den Vorbehalt der Eideszuschiebung.

Der Vorbehalt der Eideszuschiebung, **ohne Beifügung der Eidesformel**, gehört zu den täglichen Vorkommnissen in civilrechtlichen Verhandlungen. Man verdankt diese Erscheinung dem §. 575 der Prozeßordnung, welcher das Seinige dazu beiträgt, auch den heutigen Processen die reichskammergerichtliche Dauer zu sichern. Es muß schon auffallen, daß dieser §. von einem **beendigten** Beweisverfahren spricht, während er aber durch Anordnung einer Frist zur **wirklichen** Eideszuschiebung die **Fortsetzung** desselben folgen läßt, damit es ja nicht so bald ein Ende nimmt. Sollte nun noch das durch die §§. 579 bis 587 vorgeschriebene Verfahren eintreten, welches bei Collegialgerichten zu einem wahren Monstrum heranwachsen kann, so müßte man die Parteien bedauern, weil sie sich über die Eideszuschiebung allein schon arm processiren können, wenn man auch davon absehen will, daß die bestehenden Gerichte nicht mehr hinreichen, sobald wegen eines einzigen, überall zuläßigen Beweismittels drei bis vier Tagfahrten abgehalten werden müssen. Es ist daher wohl begreiflich, wenn die Praxis diesem Unwesen möglichst zu steuern sucht.

Dies geschieht nun bei dem unterrheinischen Hofgerichte dadurch, daß auf einen bloßen Vorbehalt der Eideszuschiebung, welchem die Formel nicht beigefügt ist, keine Rücksicht genommen wird, weil der §. 578 verordnet: „**der Beweisantretung muß die Eidesformel beigefügt werden.**" Dabei ist kein Unterschied gemacht, ob der Eid als einziges Beweismittel gebraucht oder eventuell neben anderen Beweismitteln zugeschoben oder ob dessen Zuschiebung für den Fall des Mißlingens der versuchten Beweise blos vorbehalten werden will. Was aber im **ordentlichen** Processe von der Beweisantretung gilt, findet im **abgekürzten** Verfahren auf die Klage und Vernehmlassung ꝛc., womit die Beweise unaufgefordert angetreten werden müssen, gleiche Anwendung. Es ist auch sehr natürlich, daß sich der Richter nicht gern zweckloser Weiterungen hingibt, sondern allemal, ehe er Termin zur wirklichen Eideszuschiebung anberaumt, vorerst untersucht, ob denn die Thatsachen, worüber die Eidesdelation vorbehalten ist, auch entscheidend und hinreichend bestimmt sind (§. 585), um beachtet werden zu können. Dazu ist er aber nicht in den Stand gesetzt, wenn die Eidesformel fehlt.

Dieser Ansicht scheint zwar der §. 581 entgegen zu stehen, worin der Fall vorgesehen ist, wenn der Beweisantretung die Eidesformel **nicht** beigefügt wurde. Allein dieser §. handelt von einem **laufenden**, der §. 575 hingegen von einem **beendigten** Beweisverfahren. Das letztere setzt voraus, daß der Richter schon alle Beweismittel geprüft und für ungenügend erachtet hat. Ist nun für diesen Fall keine erhebliche Eidesformel von der beweispflichtigen Partei vorgelegt, so erkennt er sogleich definitiv, um sich und die Gegenpartei nicht noch eine Zeitlang in der Irre herumführen zu lassen.

Bayer.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 29. | Karlsruhe den 22. Juli 1837.

I.

Rechnersuntreue.

In dem Frühmeßfond zu Rauenberg zeigte sich bei vorgenommenem Cassensturz ein Deficit von 173 Gulden 58 Kreuzee. Dee unterm 22. Apeil 1835 amtlich verpflichtete Rechner, ein Mann von unbescholtenem Rufe, gestand dem Sturzcommissair sogleich, diesen Betrag zur Zahlung von angekauften Gütern verwendet zu haben, mit dem Verspeechen, das Capital sammt Zinsen ersetzen zu wollen.

Vor dem Untersuchungsrichter gestand er sowohl seine Dienstverpflichtung, als auch den ihm zur Schuld gelegten Receß und die Verwendung des Betrages in eigenen Nutzen, nämlich zur Bezahlung eines schuldigen Gütersteigschillings, mit dem Bemerken: Er habe geglaubt, es werde ganz gleichgültig seyn, von wem der Frühmeßfond den Zins bekomme; auch habe ee nicht gedacht, das Geld lange schuldig zu bleiben.

Der Pfarrer, Bürgermeister und zwei weitere Mitglieder des Stiftungsvorstandes baten für den Rechner um Nachsicht,

1) weil er Vermögen (welches von dem Gemeinderath zu 1,500 Gulden angegeben ist), besitze und ein braver Bürger sei;

2) weil er nicht aus Bosheit gefehlt, sondern geglaubt habe, es müsse ihm, was Andern hingegangen, auch passiren;

3) weil ee seinen Receß nicht veeheimlicht, sondern sogleich eingestanden habe und

4) weil bei der bisherigen Verwierung die Geschäfte nicht gehörig hätten geführt werden können.

Nach geschlossener Untersuchung leistete der Rechner am 11. Mai 1836 den baaeen Ersatz seines Recesses, worauf er duech hofgerichtliches Erkenntniß vom 29. Juli 1836 der Rechnersunteeue für schuldig erkärt und deshalb, unter Verfällung in die Kosten, zur Entsetzung von seinem Dienste verurtheilt, in Anbetracht des vollständig geleisteten Ersatzes aber mit weiterer Strafe verschont worden ist.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Staatsanwalt den Recues, zu dessen Begründung er im Wesentlichen ausführte: Das großherzogl. Hofgericht habe dem §. 90 des Strafedicts die Auslegung gegeben, daß, sobald bei den vier höhern Graden der Rechnersuntreue der Ersatz vor der Aburtheilung vollständig geschehen sei, jede Freiheitsstrafe als getilgt hinwegfallen müsse. Diese Auslegung halte er nicht füe die richtige

1) weil es unerklärlich wäre, wenn der Gesetzgeber bei den vier höheren Graden der Rechnersuntreue dem vollständig getilgten Recesse die Folge des Freigebens von aller Freiheitsstrafe gewähren wollte, während der erste und geeingste jener Geade (der Receß unter 100 Gulden, jedoch übee 50 Gulden) wenn hier der Receß gleich vollständig ersetzt weede, mit Dienstentsetzung und mit einmonatlichem Gefängniß bestraft werden soll, eine Sonderbarkeit, welche unmöglich in den §. 90 hineininterpretirt werden könne;

2) weil, wenn der Schlußsatz dieses Paeagraphen davon speeche, „daß das Ersetzte bei Bestimmung der Strafzeit außer Aneechnung gelassen werden soll" damit angedeutet zu seyn scheine, daß unter allen Umständen jedenfalls ein Rest von Feeiheitsstrafe bestehen bleiben müsse.

Der Sinn des Gesetzes gehe demnach dahin, daß bei geleistetem Ersatze die Straferhöhung, welche je füe 50 Gulden einzutreten habe, aber auch nur diese Steaferhöhung, nachgelassen seyn soll. Mindestens müsse man annehmen, daß, wie beim niedersten, auch bei den vier höhern Graden, sofern der Ersatz geleistet werde, neben dee Dienstentsetzung, auf einmonatliches Gefängniß zu erkennen wäre.

Für diese Ansicht spreche auch ein Beschluß des ehemaligen großherzogl. Justizdepartements vom 2. Juni 1824 (oberhofgerichtl. Jahrbücher von 1824 S. 355), woenach der geleistete Ersatz bei dem hier befragten Verbrechen nur als „Milderungsgrund" zu betrachten sei.

Der recurrentische Staatsanwalt stellte die Bitte: Unter Verurtheilung des Inculpaten auch in die Kosten der Re-

Digitized by Google

cursinstanz, abändernd zu erkennen: daß derselbe neben der Dienstentsetzung zu einer einjährigen Correctionshaus-*), eventuell zu einer einmonatlichen Gefängnißstrafe zu verurtheilen sei. Der Vertheidiger des Angeschuldigten entgegnete hierauf: Wenn der § 90 des Strafedicts nicht klar und bestimmt abgefaßt sei, so müsse doch in dubio pro reo erkannt werden. Allein jener §. sei in seinem Wortlaut bestimmt und er müsse somit zur Anwendung kommen, selbst wenn er mit den übrigen Gesetzbestimmungen und mit dem Geiste des Gesetzes nicht in Uebereinstimmung stehe. Die Sache werde auch durch die Auslegung des Staatsanwalts nicht gelöst, weil es immer noch eine Sonderbarkeit bleibe, daß bei der Rechnersuntreue der geringste und die höhern Grade mit derselben Freiheitsstrafe belegt werden sollen.

Es sprächen aber auch noch andere Gründe um den Recursen mit aller Strafe zu verschonen. Derselbe habe nämlich keine schriftliche Dienstinstruction erhalten, und es lasse sich, da über seine Verpflichtung kein eigenes Protokoll existire, nicht beurtheilen, ob ihm seine Dienstpflichten gehörig erklärt worden seien. Nach dem in den Acten befindlichen Sittenzeugnisse sei der Inculpat ein braver achtbarer Bürger. Bei ihm finde keine Absicht einer Benachtheiligung Statt. Er habe vielmehr dem Fond, dessen Capital er nicht sogleich verzinslich anlegen konnte, nützen wollen. Bei Landleuten werde die Absonderung der Kassen nicht strenge beobachtet. Die Kirchenrathsglieder hätten sogar erklärt, daß sie den Recursen im Dienst behalten wollten. Er bitte, den Recurs, unter Verfällung der Staatscasse in die Kosten der Recursinstanz, zu verwerfen.

Der oberste Gerichtshof erkannte jedoch unterm 10. Mai l. J. abändernd zu Recht: daß der Angeschuldigte neben der Dienstentsetzung noch in eine vierzehntägige bürgerliche Gefängnißstrafe zu verurtheilen sei ꝛc.

Wir erlauben uns, das Gutachten des oberhofgerichtlichen Referenten hier wörtlich anzuführen:

„Es handelt sich einzig um die Subsumtion der That unter das Gesetz, dessen Sinn in Zweifel gestellt und anders von dem großherzogl. Hofgericht, anders von dem recurrentischen Staatsanwalt gedeutet wird. Es fragt sich daher vor Allem: Ist der Sinn des §. 90 des Strafedicts über die Frage zweifelhaft:

„„ob der Ersatz in den höhern Graden der Rechnersuntreue einen gänzlichen Nachlaß der Freiheitsstrafe bewirken könne?““

Der Sinn eines Gesetzes ist zweifelhaft, sobald dieses, in seinem Wortlaute genommen, auf eine Folge leiten kann, die dem Geiste einer jeden vernünftigen Gesetzgebung widerspricht. Sehen wir, ob dies hier der Fall ist. — Der §. 90 des Strafedicts verordnet, daß Rechnersuntreue, sobald die Summe 50 Gulden beträgt, mit einmonatlichem Gefängniß und Entsetzung vom Dienste soll bestraft werden. Dieses ist der unterste Grad dieses Verbrechens, weil Rechnersuntreue unter 50 Gulden polizeilich (§. 83 der Erläuterungen) zu bestrafen ist. Jene einmonatliche Gefängnißstrafe soll aber, „„weil sie schon gelind bestimmt ist,““ durch den Ersatz des Recesses nicht gemindert werden. Dagegen verordnet derselbe §., daß bei den höheren Graden der Rechnersuntreue, d. h. wo solche 100 Gulden und mehr beträgt, dasjenige, was ersetzt wird, bei der Bestimmung der Strafzeit soll außer Anwendung bleiben, woraus man unmittelbar folgern könnte, daß bei dem Ersatz des ganzen Recesses durchaus keine Freiheitsstrafe soll erkannt werden. Diesen Sinn hat das großherzogl. Hofgericht angenommen. Nach seiner Auslegung hätten wir somit hier ein Gesetz, welches dasselbe Verbrechen auf der untersten Stufe mit Dienstentsetzung und einer Freiheitsstrafe unerläßlich, dagegen in seinen höheren Stufen nur mit Dienstentsetzung, ohne Freiheitsstrafe, und zwar blos deshalb in dieser auffallenden Verschiedenheit bestraft, weil es dem größeren Verbrechen erlaubt, die Freiheitsstrafe durch den Ersatz gänzlich abzukaufen und diese Gunst dem geringeren Verbrechen versagt.“

„Wenn es aber einer vernünftigen Gesetzgebung überhaupt widerspricht, ein größeres Verbrechen im Gegensatz zu einem geringen zu begünstigen und wenn insbesondere schon der Grundsatz: „„daß der subsequente Ersatz, der doch an der Zurechnung einer bereits vollbrachten That nichts alterirt, auf die Strafbestimmung influiren soll““ etwas Exorbitantes ist, so wird man zugeben, daß der Sinn des §. 90 unseres Strafedicts nicht nach dessen platter Wortsetzung dürfe gefaßt werden, man wird zugeben, daß er einer näheren Ansicht und der Vereinbarung mit dem allgemeinen und obersten Princip der Gleichheit aller Staatsbürger unter dem Gesetze, „„das auch zwischen Verbrechern gilt,““ bedarf, somit der Fall der Nothwendigkeit einer doctrinellen Auslegung vorhanden ist. — Die nächste Frage ist daher:

„„Wie der bemerkte Widerspruch der härteren Bestrafung eines geringeren Vergehens, im Gegensatze zu einem größeren, ohne Aenderung des Wortlautes des Gesetzes, zu heben ist?““

Bei der Beantwortung dieser Frage wird man zuvörderst von dem Grundsatze ausgehen: daß eine Strafminderung auf

*) Wäre kein Ersatz geleistet worden, so würde die Strafe 15 Monate Correctionshaus betragen haben. Wollte nun die Ansicht adoptirt werden, daß der Ersatz blos als „Milderungsgrund“ zu betrachten sei, so war für diesen Fall eine Herabsetzung auf 12 Monate beantragt. D. E.

Digitized by Google

den Grund des Ersatzes, „„„wenn sie auch von dem Gesetze zugelassen wird““ nicht zu begünstigen, nicht late, sondern stricte zu nehmen ist. Der Grund liegt darin, weil, wie bereits bemerkt wurde, der nachfolgende Ersatz an dem reatus des Verbrechens nichts alterirt. Schon das römische Recht hat dieses auf die ihm eigenthümliche Weise ausgesprochen, indem es sagt: „„„Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret; tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desiit. L. 63. D. de furtis.““

„Damit stimmen auch die Grundsätze des gemeinen peinlichen Rechts vollkommen überein. Tittmann (Handb. §. 396) sagt: „„„Weder die Zurückgabe der widerrechtlicher Weise in Besitz gebrachten Sachen, noch der Ersatz des Werthes derselben oder der Erlaß dieses Ersatzes hat auf die Zurechnung auch nur den geringsten Einfluß und kann mithin auch rechtlicher Weise keine Veränderung in der Strafe hervorbringen. Denn auf das Höchste erhält der Verletzte Genugthuung, die That selbst und die Gründe, sie zu bestrafen, bleiben unverändert. Die Gesetze haben auch nirgends diesen Milderungsgrund festgesetzt *), obgleich sich Mehrere darauf berufen: im Gegentheil finden sich ausdrückliche Bestimmungen, welche das Wesen des Vergehens gegen das Eigenthum auch bei erfolgter Wiedererstattung, für keiner Veränderung unterworfen erklären. Dieses alles scheint übrigens um so mehr angenommen werden zu müssen, je mehr Ungleichheit die Berücksichtigung der Wiedererstattung als Milderungsgrund in der Rechtspflege hervorbringt, indem hier der Zufall zu mächtig ist, und es öfters geschehen muß, daß unter Mehreren diejenigen, welche gerade die meiste Zurechnung haben, eben weil sie die Sache zurückgeben oder wieder ersetzen können, gelinder bestraft werden, als Andere, die nicht im Stande sind, Ersatz zu leisten.““ „„„Der Gerichtsgebrauch““ sagt Tittmann (Handb. §. 130 Note 10) ferner, „„„treibt mit diesem s. g. Milderungsgrund einen bewunderungswürdigen Handel, und es scheint, als ob er nie richtigere Grundsätze zulassen würde.““

„Indessen ist der pitojable Strafminderungsgrund des Ersatzes einmal in unsere Gesetzgebung aufgenommen. Wir müssen ihn gelten lassen, jedoch nicht als Milderungsgrund in dem Sinne, daß durch den Ersatz die Zurechnung gemindert werde, sondern lediglich als eine politische Rücksicht, wodurch dem Verletzten leichter zur Entschädigung verholfen wird. Nur von diesem Gesichtspunkte aus läßt ein solcher Milderungsgrund bei Verbrechen gegen das Eigenthum, die nicht qualificirt sind, einigermaßen sich rechtfertigen. Tittmann, Grundsätze §. 130 Note 10. Ausgehend von diesem Gesichtspunkte des befragten Strafminderungsgrundes, müssen wir annehmen, daß durch das politische Interesse des Ersatzes die in den Gesetzen angedrohte Freiheitsstrafe bei größeren Recessen nicht ganz abolirt werden dürfe, während sie bei kleineren fortbesteht, wir müßten denn unterstellen, daß es dem Staate und den Staatsanstalten nur um den Ersatz größerer Summen zu thun wäre und deshalb nur der größere Verbrecher durch Ersatz von der Freiheitsstrafe sich entledigen könne. Ein ohnedies auf einen profanen Calcul basirtes Gesetz darf wohl auf einen noch gemeineren nicht herabgedrückt und die Begünstigung des Ersatzes darf nicht bis zu dem Adagium: „„„Dat veniam corvis vexat censura columbas““ ausgedehnt werden. Schon aus diesen allgemeinen Betrachtungen geht hervor, daß der auf Ersatz gegründete Strafnachlaß strenge zu nehmen ist und daß er nicht eine totale Tilgung der auf das Verbrechen der Rechnersuntreue gesetzten Hauptstrafe bewirken kann, ich sage der Hauptstrafe, weil die Entsetzung vom Dienste, besonders bei Personen, die nicht vom Diensteinkommen leben, nur ein annexum der Strafe und als Hauptstrafe in dem Strafedict nicht genannt ist.“

„Betrachtet man nunmehr unser Strafedict insbesondere, so findet man

1) daß der Artikel 90 desselben die Rechnersuntreue, sobald sie die Summe von 50 Gulden beträgt, mit einmonatlichem Gefängniß und Entsetzung vom Dienste bestraft. Es ist dieses die Grundstrafe, die jeden dolosen Receß trifft, sobald er die benannte Summe erreicht. Diese Strafe des untersten Grades ist, wie der allegirte §. sagt, schon gelind bestimmt, und es soll deshalb der allenfallsige Ersatz nicht als Milderungsgrund der Strafe gelten. Damit ist doch wohl die Unvermeidlichkeit dieser Strafe für jeden überwiesenen Verbrecher, auch wenn er größere Beträge veruntreut, und der Grundsatz ausgesprochen, daß der Ersatz, insofern er eine Strafminderung bewirkt, nur bis zu der Summe des untersten Grades ad 50 Gulden zurückwirken und nur ausschließlich dieser Summe, somit auch ausschließlich der auf dieselbe gesetzten Strafe, als strafmindernd kann geltend gemacht werden. — Wenn nun überdies

2) der angezogene §. des Strafgesetzes weiter bestimmt, daß bei den vier höheren Graden die Strafe nach Verhältniß des Ersatzes sich mindern soll, so ist zu bemerken, daß bei diesen höheren Graden nur von gradweisen Strafzusätzen die Rede ist und daß somit die durch den Ersatz bedingte verhältnißmäßige Strafminderung auch nur

*) Der §. 73 unseres Strafedicts setzt übrigens die Diebstahlsstrafe um die Hälfte herab, wenn der Dieb vor angefangener Untersuchung, mithin aus vermuthlicher Reue, den Diebstahl (d. h. das Entwendete) ersetzt hat. D. E.

Digitized by Google

auf die Strafzusätze, nicht auf die Grundstrafe, die im untersten Grade und zwar, wie so eben ad 1 bemerkt wurde, als unabänderlich ausgesprochen ist, sich beziehen kann. Nur dasjenige, was in den vier höhern Graden wegen steigendem Betrage des Recesses der Grundstrafe zugeschlagen wird, soll im Verhältnisse des Ersatzes außer Anrechnung bleiben. Die Grundstrafe von vier Wochen Gefängniß, welche für das Receßmachen über 50 Gulden überhaupt besteht, kann durch keinerlei Ersatz getilgt werden, denn der Ersatz dieser 50 Gulden soll, wie das Gesetz sagt, keine Minderung der Strafe bewirken. Nur durch diesen Sinn des Gesetzes kann der Vorwurf: „„die kleinen Diebe hängt man, die großen läßt man laufen““ einigermaßen vermieden werden; obwohl es immer noch eine beklagenswerthe Erscheinung ist, daß die Justiz bei größeren Verbrechen sich, wenigstens großen Theils, durch Ersatz, der nicht einmal vor der Untersuchung aus vermuthlicher Reue geschieht, muß sühnen lassen und daß die Gesetzgebung dem Vermöglichen, der Vieles veruntreuet, aus ärarischen Rücksichten die Befugniß offen läßt, sich einer Strafe zu entziehen, welcher, bei übrigens gleichem reatus, der Aermere, der keinen reichen Freund findet, lediglich wegen seiner Armuth unterliegen muß.“

„Nach dieser Ausführung gebe ich noch eine sehr gefährliche Folge zu bedenken, welche aus der Auslegung: daß die ganze Freiheitsstrafe bei größeren dolosen Recessen durch den Ersatz könne absorbirt werden, für die Rechtssicherheit des Staates hervorgeht. Sobald nämlich der Grundsatz feststände, daß die Freiheitsstrafe nur bei der untersten, 50 Gulden betragenden Rechnersuntreue unabänderlich, bei den höheren Graden aber ganz ablösbar sei, so würde der vermögliche Rechner in diesem Grundsatze ein Motiv finden, ein Hazardspiel mit dem Gesetze dadurch zu treiben, daß er jedenfalls nicht weniger als 100 Gulden veruntreute, um sich dadurch im Entdeckungsfalle die Möglichkeit zu verschaffen, die ganze Freiheitsstrafe durch Ersatz tilgen zu können.“

„Nach allem diesem finde ich mich überzeugt, daß den Inculpaten, des geleisteten Ersatzes ungeachtet, die Strafe des untersten Grades der Rechnersuntreue mit vier Wochen bürgerlichem Gefängniß, neben der Dienstentsetzung hätte treffen sollen. Der Anwalt des Recursen führt aber als weitere Strafbefreiungsgründe an:

a) es habe der Inculpat keine schriftliche Dienstinstruction erhalten und aus dem eingesendeten Verpflichtungsprotocolle gehe nicht hervor, daß er über seine Dienstpflicht belehrt worden sei. Allein einer schriftlichen Dienstinstruction bedarf es nicht, besonders bei einer Verrechnung, die nach der vorliegenden Receßberechnung äußerst unbedeutend ist. Eine Belehrung über die Dienstpflicht ist nach dem amtlichen Bericht vom 19. Juli 1836 bei allen Verpflichtungen des Bezirksamtes Wiesloch, somit auch an den Beschuldigten geschehen. Außerdem ist die Kenntniß der Gesetze bei jedem Staatsbürger zu unterstellen und der Artikel 90 des Strafedicts sagt bestimmt, daß die einem Rechner anvertrauten Gelder von dessen Privateigenthum separirt müssen gehalten werden.“

„Ferner stellt der Anwalt des Recursen in Abrede

b) daß sein Principal die Absicht gehabt habe, den Fond zu benachtheiligen, indem derselbe ein achtbarer Bürger sei. Es hat aber der Beschuldigte eingestanden daß er die Gelder des Fonds zur Zahlung des Kaufschillings seiner eigenen Güter verwendet habe, wodurch jedenfalls der Fond, bei Ermangelung einer Caution, gefährdet und die Rechnersuntreue, des allenfalls beabsichtigten Ersatzes ungeachtet, consumirt war. Es war jedenfalls gegen die unter Handgelübde übernommene Pflicht des Beschuldigten, das Geld des Fonds zu seinen Privatzwecken zu verwenden, und da in der Strafe des Recesses zugleich jene des Gelübdebruchs enthalten ist (Artikel 40 des Strafedicts), so kann es auch auf die allenfallsige, ohnedies unerwiesene Absicht, den Ersatz dereinst leisten zu wollen, nicht mehr ankommen.“

Mit dieser eben so richtigen als scharfsinnigen Ausführung, welche wir auch des Präjudizes wegen dem juristischen Publicum nicht vorenthalten zu dürfen glaubten, war das oberhofgerichtliche Plenum, so weit von der Auslegung des §. 90 in Bezug auf den vorliegenden Fall die Rede ist, vollkommen einverstanden.

Der Instructivvotant vermißte indessen den Nachweis, daß die handgelübdliche Verpflichtung des Angeschuldigten ordnungsmäßig vorgenommen worden und hielt dafür, daß eine nicht gehörig geschehene Verpflichtung so gut wie keine sei; da es nun im §. 90 heißt: „Wäre übrigens die handgelübdliche Verpflichtung des Rechners unterblieben, so ist die Leibesstrafe nur halb so hoch zu setzen“, so trug derselbe blos auf Erkennung einer vierzehntägigen Gefängnißstrafe an.

In dieser Beziehung stimmten zwei Votanten mit dem Referenten, weil es nicht nothwendig sei, daß bei dem allgemeinen Verspruchseide dem Schwörenden alle von ihm zu erfüllenden einzelnen Pflichten vorgehalten und solche auch in das Verpflichtungsprotocoll eingetragen würden *), vier andere hingegen mit dem Instructivvotanten, weil die Belehrung über die Pflichten des Rechners dessen Vergelübdung vorausgehen müsse, aus dem Verpflichtungsprotocoll aber die Beobachtung dieses gesetzlichen Erfordernisses nicht entnommen werde könne, indem dasselbe nicht einmal beurkunde, daß die Vergelübdung ordnungsmäßig geschehen sei.

Es wurde daher mit einer Majorität von fünf Stimmen gegen drei nur auf eine bürgerliche Gefängnißstrafe von 14 Tagen erkannt.

Bayer.

*) Diese Ansicht scheint kurz vorher in einem anderen Falle (S. Annalen d. J. Nr. 16, S. 96) von der Majorität angenommen worden zu seyn. D. E.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 30. | Karlsruhe den 29. Juli 1837.

I.

Schäfereiberechtigung; Rechtsfall, merkwürdig durch die in zweiter Instanz angenommenen Beweise.

(Leiningen gegen Rieneck.)

I. Am 25. April 1833 hatte die fürstliche Standesherrschaft Leiningen in eigenem Namen und zugleich mit Vollmacht der Schäfereierbbeständer in Robern, Namens dieser, gegen die Gemeinde Rieneck, als Gesammtheit und Consortium der dortigen Gemeindeglieder und Güterbesitzer, bei dem Amte Mosbach eine Klage erhoben, worin sie vortrug:

Die Schäferei Robern, ehemaliges Eigenthum der Kurpfalz, jetzt der Standesherrschaft, stehe nutzeigenthümlich den Gutserbbeständern in Robern zu. Dieser Schäferei habe von Jahrhunderten her das Recht zu Bewaidung vieler Gemeindemarkungen und namentlich eines früher wüsten Distrikts bei Limbach zugestanden. Von diesem wüsten Distrikte seien schon früher einzelne Güterstücke an Nachbarn, und im Jahre 1788 wieder 200 (eigentlich 199) Morgen an 28 Individuen gegen Entrichtung von Gülten abgegeben worden. Aus den frühern und spätern Ansiedlern sei dann die Gemeinde Rieneck entstanden. Auf gedachtem Distrikte habe Kurpfalz das Schäfereirecht Kraft Eigenthums an Grund und Boden ausgeübt und die Standesherrschaft habe den Besitz durch die Schäferei Robern bis in die neueste Zeit, in welcher eine gewaltsame Besitzstörung eingetreten sei, fortgesetzt. Es wurde gebeten, zu erkennen:

Daß der Schäferei Robern das Schafwaidrecht auf Rienecker Gemarkung zuzuerkennen, den Beklagten alle Störung darin zu untersagen und dieselben, wegen unternommener Störung, zu Entschädigung der Schäfereibeständer zu verurtheilen seien.

Die Beklagte widersprach die Anforderung und bestritt insbesondere, daß die Rienecker Gemarkung aus einem Theile der wüsten Güter bestehe, welcher in der Klage Erwähnung geschah.

Nach gepflogenen Verhandlungen erkannte der Unterrichter am 9. Febr. 1834

daß Beklagte schuldig sei, die Schäferei Robern das Schafwaiderecht auf der s. g. alten Rieneck, d. h. auf der Gemarkung Rieneck, mit Ausnahme der unten benannten Güter, ungestört ausüben zu lassen, auch der Klägerin, respect. den Schäfereibeständern allen durch die unternommene Störung in Ausübung dieses Rechts erweislich zugegangenen Schaden zu ersetzen; mit dem Anspruch auf die Ausübung des Waiderechts auf der s. g. neuen Rieneck, d. h. jenen Gütern, welche nach Urkunde vom 29. August 1788 an verschiedene Individuen begeben wurden und 199 Morgen betragen, sei Klägerin jedoch abzuweisen. —

Gegen den letzten Theil des Bescheids appellirte die Klägerin. —

II. Das angesprochene Schäfereirecht auf der s. g. neuen Rieneck wird nun allein Gegenstand dieses Aufsatzes seyn, und es muß hierwegen in thatsächlicher Hinsicht Folgendes voraus mitgetheilt werden.

Am 29. August 1788 wurden 199 Morgen „wüster Güter unweit der Rienecker Höfe" von Kurpfalz, zu deren Domainen die Güter gehört hatten, an 28 Ansiedler als wahres Eigenthum abgegeben, und über diese Abtretung eine Urkunde aufgesetzt, welche folgende Stellen enthält:

„§. 1. Die Uebernehmer der Güter können letztere als „ihr wahres Eigenthum nutzen und genießen und damit „nach Willkühr und Wohlgefallen und nur mit dem „Vorbehalt der darauf haftenden Abgaben schal„ten und walten. Es bleibt Jedem unbenommen, seine ihm „zugewiesenen Güter mit einem Graben zu umgeben „und sonst vor dem Viehanlauf zu schützen." —

„§. 2. Es sollen die auf bemeldetem Distrikte angelegten „Wiesen von Martini bis Mariä Verkündigung, die Klee„felder von Martini bis Peterstag, und die angebauten „Felder das ganze Jahr hindurch von den angränzen„den Gemeinden und sonsten gehegt und nicht mit „Rind- und Schafvieh befahren werden."

III. Die Klägerin, welche auch auf den ebengenannten

Digitized by Google

Gütern das Schafwaidrecht anspricht, hat zu Begründung und Beweis dieses Anspruchs beigebracht:

1) Das Lohrbacher Saal- und Lagerbuch v. 1561, worin es heißt:

Fol. 591 „Eigenthümliche Güter meines (des Verfassers) „gnädigsten Herrn Pfalzgrafen."

„Zu Robern: Der Hof daselbst. Dahin gehört ꝛc."

Fol. 593. „Meines Herrn Schäferei, zum Hof gehörig."

„Item meines Herrn Schäfer zu Robern hat Macht zu fahren auf Wagenschwende, Balspacher und Grumbacher Mark. Dazu auf den wüsten Gütern, die gen Limbach gehörig und meinem Herrn zinsbar sind."

Es will aus dieser Urkunde abgeleitet werden, daß die Schäferei Robern auf allen Markungen der Umgegend von Rieneck und auf den zwischen denselben gelegenen wüsten Gütern, worauf Rieneck gegründet worden seyn soll, das Schäfereirecht habe.

2) Eine Renovation jener Urkunde von 1751;

3) wurde Zeugenbeweis darüber angetreten, daß der Besitzstand von alter Zeit her und bis in die neueste Statt gefunden habe. —

IV. Zum Zwecke des Gegenbeweises berief die Beklagte sich auf die schon erwähnte Urkunde von 1788, deren wörtlicher Inhalt unbestritten ist.

Die Klägerin bemerkte zu dieser Urkunde: Es sei für sich klar, daß die den Ansiedlern zu Rieneck abgetretenen wüsten Güter nur mit den darauf haftenden Grundlasten hätten übertragen werden können. Was daher immer aus der Eigenthumsübertragung gefolgert werden möge, es sei auf die Berechtigung des Erbbestandhofs in Robern, welcher schon früher bestanden habe, ohne Einfluß. Die pfälzische Kammer, von welcher die Urkunde von 1788 ausgestellt wurde, habe bei Uebertragung der Güter nur als Verwalterin der Eigenthumsrechte der Pfalz über die wüsten Güter gehandelt. Um dem Erbbestandshof etwas vergeben zu können, sei die Zustimmung des Kurfürsten und der Erbbeständer nöthig gewesen.

V. Das am 25. Juli 1835 vom dritten Senat des Hofgerichts gefällte Urtheil erkannte nun abändernd:

„daß Klägerin für befugt zu erklären sei, das Schaf„waidrecht auch auf der s. g. neuen Rieneck auszuüben,
„Beklagte demnach schuldig sei, der erstern auch den „durch Störung in Ausübung des Waidrechts auf die„sem Distrikte zugegangenen Schaden salva liquida„tione zu ersetzen."

Die Gründe hierfür waren folgende:

1) Die Güter, welche die s. g. neue Rieneck bilden, seien im Eingange der Urkunde vom 29. August 1788 dahin beschrieben: „die ohnweit der Rieneckshöfe bei Muckenthal, Oberamts Mosbach, gelegenen 199 Morgen enthaltenden s. g. wüsten Güter."

2) Nach dem Lohrbacher Lagerbuche von 1561, einer öffentlichen, vollbeweisenden Urkunde, stehe der Schäferei zu Robern das Waidrecht auf „den wüsten Gütern, die gen Limbach gehörig und Kurpfalz zinsbar seien," zu.

3) Schon hiernach und im Zusammenhange mit der Renovation von 1751 sei an der Identität der in den Urkunden von 1751 und 1788 genannten Grundstücke nicht wohl zu zweifeln.

4) Dieses werde durch den erhobenen Zeugenbeweis noch verstärkt, wornach die Gemarkung Rieneck noch zu Gedenken der Zeugen öde und unangebaut gelegen, und Michael Biller deponire noch bestimmter, daß sie zu den s. g. wüsten Gütern gehört habe.

5) Von beklagter Seite sei in erster Instanz selbst zugegeben: Es möge richtig seyn, daß der Pfalz früher und bis 1788 das Schäfereirecht auf der jetzigen Rieneckr Gemarkung, als Eigenthumsrecht, zugestanden, sie solches aber mit jenem Jahre aufgegeben und nicht weiter exercirt habe.

6) Es frage sich daher nur darum, ob Pfalz durch die Verleihungsurkunde vom 29. August 1788 das streitige Waidrecht verloren habe.

7) Dieses möchte darum scheinen, weil hiernach die s. g. wüsten Güter den in der Urkunde Benannten ohne weitern Vorbehalt, als den der darauf haftenden Abgaben, in ein wahres Eigenthum verliehen und begeben worden seien, mit dem ausdrücklichen Beisatze: „daß Jedem unbenommen bleibe, seine ihm zugewiesenen Güter mit einem Graben zu umgeben oder sonst vor dem Viehanlauf zu sichern."

8) Allein der weitere Absatz dieser Urkunde bestimme, von welchen Terminen an und bis zu welchem Zeitpunkte die abgetretenen Güter mit allem Rind- und Schafvieh von den angränzenden Gemeinden und sonsten (d. h. von den übrigen Waidberechtigten) gehegt und nicht befahren werden dürfen.

9) Aus dieser Bestimmung gehe aber hervor, daß es keineswegs die Absicht des Güterverleihers gewesen, die s. g. wüsten Güter frei von seinem eigenen oder Anderer Waidrechte abzutreten, indem sonst eine derartige Bestimmung über die Hegung der Felder während bestimmter Zeiten unerklärbar bleibe.

10) Nach L. R. S. 1157 müßten nun die scheinbar widersprechenden Vertragsclauseln in einem Sinne ausgelegt werden, wornach sie möglichst neben einander bestehen könnten; der erste Absatz jener Urkunde müsse da-

Digitized by Google

her restrictiv dahin erklärt werden, daß den Benannten das Eigenthumsrecht nur vorbehaltlich der darauf ruhenden Schäfereigerechtigkeit abgetreten worden sei;

11) diese Auslegung werde auch durch den Grundsatz unterstützt, daß Verzichte nicht vermuthet würden, daher im Zweifel im geringsten Umfange angenommen werden müßten.

12) Es dürfe endlich um so weniger unterstellt werden, daß es die Absicht von Kurpfalz gewesen sei, sein in Erbbestand gegebenes Waidrecht zugleich mit dem Eigenthum jener Güter abzutreten, indem mehrere Zeugen behaupteten, daß die Schäfer in Robern forthin die ganze Rienecker Gemarkung bis in die neueste Zeit, wo die Gemeinde solches nicht weiter geduldet, bewaidet hätten; welche Depositionen nicht dadurch entkräftet werden könnten, daß andre Zeugen sich nicht entsinnen, ob solches auch auf der neuen Rieneck geschehen sei. —

VI. Das eben erwähnte Urtheil kam nur durch Stimmenmehrheit zu Stande. Einer der Richter (welcher zufällig nur die Stelle eines abwesenden Mitglieds des dritten Senats vertrat) trug auf Bestätigung des unterrichterlichen Urtheils an und hielt den Fall dazu für geeignet, durch ein Specialvotum seine abweichende Meinung in den Acten zu beurkunden. Der Votant glaubte sich darauf beschränken zu dürfen, dasjenige zu wiederholen, was er bei der Deliberation mündlich zu Widerlegung der von der Majorität angenommenen Ansicht und namentlich zu Widerlegung der Entscheidungsgründe derselben, geltend zu machen versucht hatte. Es bestand im Wesentlichen darin:

Um beurtheilen zu können, ob der Klägerin die angesprochene Berechtigung zustehe, komme es zunächst auf den Inhalt der Urkunde an, welche aus Anlaß der Güterabtretung im J. 1788 gefertigt worden sei.

1) In §. 1 derselben sei im Allgemeinen ausgesprochen, daß die Erwerber der Güter unbedingt alle Proprietäts- und Nutzungsrechte an denselben haben sollen, wohin z. B. gehörte, das Recht, durch Selbstvertheidigung gegen diejenigen sich zu schützen, welche etwa durch Anmaßung von Dienstgerechtigkeiten die Nutzungsrechte der Eigenthümer schmälern wollten; ferner die Befugniß, selbst Schafe auf dem Eigenthume zu unterhalten. — Bei dieser Einräumung aller Befugnisse wahrer Eigenthümer, könne es nicht die Absicht von Kurpfalz gewesen seyn, für sich selbst eine Schäfereiberechtigung (also eine theilweise Benutzung jener Güter durch Auflage einer Servitut) zu reserviren. Ein solcher Vorbehalt einer Eigenthumsbeschränkung lasse sich niemals vermuthen und sei bei den klaren Worten der Urkunde hier um so weniger anzunehmen, als Pfalz sich einen andern Vorbehalt (welcher sich sogar schon von selbst verstanden hätte), nämlich den der auf den Gütern ruhenden Abgaben, wirklich gemacht hat, also, wenn weitere Vorbehalte in seiner Absicht gelegen hätten, jene an derselben Stelle der Urkunde gemacht worden seyn würden.

2) Ferner sei im §. 1 der Urkunde von 1788 jedem Eigenthümer noch speciell gestattet worden, sein Gut mit einem Graben zu umgeben, um fremdes Vieh abzuhalten. Der Ausdruck „umgeben" könne nach der deutschen Sprachlehre nicht zweifelhaft seyn. Er heiße nichts Anderes, als das Besitzthum auf allen Seiten einzufassen. Aus dieser, so allgemein lautenden Bewilligung folge von selbst, daß nicht an einer einzelnen Stelle der Güter ein Eingangsweg für das Vieh bleiben müsse, wie kläger'scher Seits behauptet worden, indem sonst der Graben auf den übrigen Seiten des Guts zwecklos wäre, da das Vieh, dem ein Eingangsweg eröffnet ist, nicht von den Gütern „abgehalten" würde, den neuen Gutseigenthümern aber doch jede Abhaltung des Viehs durch Vorrichtungen gestattet worden sei.

Aus jener Bestimmung der Urkunde folge ferner, daß die Gutseigenthümer alles Vieh abhalten dürfen, mit welcher Befugniß die angesprochene Schäfereigerechtigkeit unvereinbarlich wäre.

3) Der §. 2 der Urkunde sei zwar von der Klägerin besonders zu ihren Gunsten in Anspruch genommen worden. Es heiße namentlich in der Beweisausführungsschrift:

„Wozu diese Bedingung, wenn es wirklich die Absicht gewesen wäre, die Güter von aller Waidlast frei zu machen? Indem hiernach den angränzenden Gemeinden und sonsten, d. h. jedem Dritten, dem ein Waidrecht zusteht, der Besuch der Waide nur zu gewissen Zeiten untersagt ist, so ist doch klar ausgedrückt, daß dieselbe zu andern Zeiten ferner Statt finden soll."

Diese Schlußfolge beruhe aber offenbar auf einem thatsächlichen Irrthum. Frage man: „wem?" das Befahren der Güter mit Vieh untersagt sei, so deuteten die Worte „den angränzenden Gemeinden und sonsten" an, daß das Verbot auf Jeden, welcher den Gutseigenthümer stören könnte, also auch auf die von der Klägerin vertretenen Bewohner von Robern sich erstrecke *).

*) Kläger'scher Seits ist, wie wir gehört haben, zugegeben, daß das „sonsten" auf ihn und die Schäfer in Robern mit zu beziehen sei.

Digitized by Google

Frage man weiter, „wann?“ das Befahren untersagt sei, so besage die Urkunde

a. hinsichtlich der Wiesen: „von Martini bis Mariä Verkündigung“ (d. h. vom 11. Nov. bis 25 März) also gerade in der Periode, in welcher das Bewaiden der Wiesen den letztern am wenigsten schädlich wäre (m. vergl. z. B. die badische Schäfereiverordnung von 1818, §. 8, wornach die Wiesen nur vom 11. Nov. bis 1. März befahren werden dürfen) *); könne demnach Leiningen mit seinen Pächtern von Martini bis 25. März die Wiesen nicht bewaiden, so sei ihm solches auch das ganze Jahr über nicht erlaubt, da es sich nicht werde für berechtigt halten, in den Sommermonaten den großherzogl. Unterthanen in Rieneck das frisch gewachsene Gras durch Schafe abwaiden zu lassen.

b. Gleiche Bewandtniß habe es mit den Kleefeldern, deren Bewaidung in der Urkunde von Martini bis Peterstag verboten sei (welche Bewaidung nach der jetzt geltenden badischen Schäfereiverordnung §. 5 sogar nur während des Winters und nur bei gefrornem Boden Statt finden dürfe), hier werde Leiningen wohl eben so wenig das Recht zum Abwaiden des im Wachsen begriffenen oder schon erwachsenen Klees anzusprechen gedenken **).

c. Das Bewaiden der angebauten Felder untersage die Urkunde das ganze Jahr hindurch, was in Verbindung mit der unter §. 1 gegebenen Befugniß, zum Einfassen mit Gräben, so wie in Bezug auf die sub a und b erwähnten Verbote nichts Anderes heißen könne, als daß die Felder, welche das Jahr über bestellt werden, auch das ganze Jahr hindurch von Fremden nicht bewaidet werden dürfen. —

Es möchte demnach schwer seyn, wenn sonst ein Schäfereirecht denkbar wäre, eine Zeit und ein Object auszumitteln, in welcher und an welchem solches ausgeübt werden könnte.

4) Es habe hiernach der §. 2 der Urkunde nur den Sinn, den Gutsübernehmern, welche sich einer so schweren Arbeit, wie die der Cultivirung wüster Güter, unterzogen, daher mit Rücksicht auf jenes, im Interesse der Nationalökonomie gelegene Unternehmen, möglichst hätten erleichtert und begünstigt werden müssen, lediglich die Zusicherung zu ertheilen, daß die Güter selbst in der Periode, in welcher sonst landwirthschaftliche Polizeigesetze das Bewaiden der Felder und Wiesen gestatten (im Winter) weder von den benachbarten Gemeinden, noch von sonst einem Dritten bewaidet werden dürften, deshalb finde sich nicht einmal ein scheinbarer Widerspruch zwischen §. 1 und 2 der Urkunde, und es sei demnach wirklich unerklärlich, wie aus dem §. 2 der Vorbehalt eines Waidrechts oder die Absicht, den Waidgang zu reguliren, gefolgert werden wolle.

5) Da eine doppelsinnige Stelle zuverläßig in der Urkunde nicht enthalten sei, so könne auch L. R. S. 1157 keine Anwendung finden; wäre aber die von der Majorität des Senats beliebte Auslegung neben der eben versuchten Interpretation der Urkunde möglich, so würde die letztere doch mindestens von der Art seyn, daß auch hiernach die betreffende Stelle der Urkunde „einige Wirkung hervorbringe,“ nämlich die, daß §. 1 durch §. 2 unterstützt werde. Für einen solchen Fall einer möglichen doppelten Auslegung habe aber das Landrecht in Satz 1162 Vorsorge getroffen. Es müßte nämlich gegen denjenigen, der ein Recht anspreche (also gegen die Klägerin) entschieden werden.

6) Auf die ältern Urkunden, das Lohrbacher Lagerbuch und die Renovation von 1751, könne gar nichts ankommen, da erst durch die Gutsübergabe von 1788 das Rechtsverhältniß zwischen Pfalz, als Gutsübergeber, und den Gutsübernehmern begründet, zugleich aber vollständig bestimmt worden sei. Der Inhalt des Lagerbuchs sei aber auch sonst ganz unerheblich. Habe nämlich Pfalz, als Gutseigenthümer des wüsten Districts, diesen als Schafwaide benutzt und früher durch seinen Schäfer in Robern (wie das Lagerbuch sich ausdrückt) befahren lassen, so habe Pfalz damals nur von seinem Eigenthumsrechte, wornach es seinen Grund und Boden benutzen konnte, wie es wollte, Gebrauch gemacht, wo aber sein Schäfer gewohnt habe, sei gleichgültig. Daß von jener Befugniß, welche sich von selbst verstanden hätte, im Lagerbuche Erwähnung geschehen sei, möge seinen Grund darin finden, daß, wie aus den, den Proceßacten beiregistrirten, ältern Regierungsacten sich ergebe, Mainz und Pfalz früher in Bezug auf die wüsten Güter in Territorialstreitigkeiten sich befanden, Pfalz daher, seinem Grenznachbar gegenüber, seine Rechte zu wahren suchte.

7) Eben so unerheblich sei der angetretene Zeugenbeweis. Durch diesen habe a) der unvordenkliche Besitz der Schäfereigerechtigkeit dargethan werden sollen. Wenn man annehmen dürfte, daß ein solcher Besitz die bestimmt sprechende Urkunde von 1788 entkräften könnte, so müßte nachgewiesen seyn, daß jener nach 1788 Statt gehabt hätte. Dieser Beweis sei aber schon factisch unmöglich, da von 1788 bis zu Einführung des Landrechts nur 21 Jahre verflossen wären. (Vgl. auch L. R. S. 691).

---

*) Derartige Verbote bestehen in allen Staaten, welche den Landbau als eine Quelle des Nationalreichthums ansehen. (M. vergl. v. Berg, Polizeirecht im III. und VII. Bd.)

**) Gleichwohl ließe sich aus den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen argumentiren, daß ihm dieses Recht zustände.

Digitized by Google

b. Ferner wolle die Identität der in dem Lagerbuche und der Renovation erwähnten Güter mit Neurieneck durch Zeugen erwiesen werden, worauf es deshalb nicht ankomme, weil der Inhalt jener Urkunden selbst irrelevant sei.

8) Daß die Schäferei in Robern Erbbestand seyn solle, müsse ebenfalls außer Betracht bleiben, da nicht erwiesen sei, daß die angesprochene Schäfereiberechtigung auf der neuen Rieneck schon vor der Abtretung der Güter im Jahr 1788 Erbbestand gewesen.

VII. Nachdem der beklagte Theil die Oberappellation ergriffen hatte, wurde durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 14. Febr. 1837 das hofgerichtliche Urtheil wieder aufgehoben und der Amtsbescheid hergestellt.

In den Entscheidungsgründen wurde bemerkt:

Wenn der Titel der Beklagten, nämlich die Eigenthumsabtretung der kurpfälzischen Hofkammer von 1788, einer Belastung der abgetretenen Güter mit Schäfereirecht nirgends erwähnt, sondern mit alleinigem Vorbehalte bestimmter Abgaben in volles Eigenthum überträgt, so liegt am Tage, daß die klagende Standesherrschaft für sich ein bei diesem Eigenthumsübertrage vorbehaltenes Waidrecht nicht geltend machen kann.

In sofern die Klage Namens der Erbbeständer erhoben wird, und da als zugestanden angesehen werden muß, daß die Erbbestandsschäferei Robern schon vor 1788 errichtet wurde *), hängt die Klagbegründung davon ab, ob erwiesen ist, daß diesen Erbbeständern auch schon vor 1788 ein Waidrecht auf Neurieneck zustand, denn dieses ist in der Duplik der Beklagten unzweifelhaft widersprochen.

Wenn nun aus der von der Beklagten producirten Erwerbsurkunde über die im Jahre 1788 an ihre Rechtsvorgänger abgetretenen 199 Morgen hervorgeht, daß solches unweit der Rienecker Höfe und der Muckenthaler Gemarkung gelegene s. g. wüste Güter waren; wenn aus dem Saal- und Lagerbuche von 1561 und der Renovation von 1751, welche beide öffentliche Urkunden vollen Glauben verdienen, erhellt, daß die s. g. wüsten Güter in frühern Jahren wegen ihres geringen Ertrags unbebaut und herrenlos wurden, bis später sie Kurpfalz occupirte und mit aufgelegten Zinsen und Gülten an neue Ansiedler oder Genossen benachbarter Gemarkungen überließ; wenn ferner nach der (oben mitgetheilten) Stelle des alten Saal- und Lagerbuchs dem Schäfer in Robern schon in jener Zeit das Recht zukam

„die wüsten Güter, so gen Limpach gehörig und Kurpfalz zinsbar sind, zu bewaiden",

so folgt aus Allem diesem noch nicht, daß an den 199 Morgen wüsten Gütern, welche die pfälzische Hofkammer 1788 abtrat, schon vorher der Erbbestandsschäferei Robern ein Waidrecht zukam. Denn theils ist ungewiß, ob die Schäferei zu Robern zur Zeit des alten Lagerbuchs schon Erbbestand war, und es spricht sogar der Umstand dagegen, daß der Hof zu Robern, als dessen Annexum die Schäferei bezeichnet ist, in der hieher bezüglichen Stelle des Auszugs aus dem Lagerbuche unter der Ueberschrift:

„eigenthümliche Güter meines Herrn Pfalzgrafen"

aufgeführt ist, theils ist unerwiesen, daß die im Jahre 1788 abgetretenen 199 Morgen die wüsten Güter sind, welche gen Limbach liegen und nur von solchen sagt das alte Lagerbuch, daß der Schäfer von Robern sie zu bewaiden habe. Die Uebergabsurkunde von 1788 aber bezeichnet die abgetretenen Güter als ohnweit der Rienecks-höfe bei Muckenthal gelegen. — Eben so wenig ist der Beweis durch die abgehörten Zeugen geführt. Denn

1) gehen dieselben nur darauf, daß vor 1788 die ganze Rienecker Gemarkung vom Schäfer zu Robern bewaidet worden sei, woraus noch nicht folgt, daß die damals noch nicht zu Rieneck gehörigen 199 Morgen auch bewaidet wurden;

2) sprechen deren Aussagen nicht auf einen Zeitraum, welcher zu Vollendung der Verjährung bis 1788 oder auch bis 1810 hinreichte, denn außer dem Zeugen Kußmann hat keiner das zu letzterm erforderliche Alter, und dieser sagte nur, daß er vor 40 Jahren vier Jahre lang die Roberner Schafe ausgetrieben habe;

3) sind die Zeugen gar nicht darauf articulirt, und es konnte nach der Natur der Sache schon nicht durch sie erwiesen werden, daß zur Zeit, wo sie die Schafe auf Rienecker Markung treiben sahen, die Schäferei Robern schon Erbbestand war, und doch konnte, da damals die 199 Morgen noch Eigenthum von Kurpfalz waren, nur in diesem Falle aus der Handlung des Schäfers eine Dienstgerechtigkeit für die Schäferei entstehen. —

Kirn.

*) Jenes Zugeständniß wird daraus abgeleitet, daß die Beklagte in erster Instanz, namentlich in der Duplik, nur bestreitet, daß der Erbbestandsschäferei in Robern jemals ein Waidrecht auf Rienecker Gemarkung zustand, ohne zugleich die frühere Existenz der Erbbestandsschäferei selbst in Abrede zu stellen.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Großer Diebstahl.

(Geständniß nach der Verurtheilung.)

Aus dem Wagen eines Reisenden, welcher am 4. Nov. v. J. in Heidelberg angekommen und den andern Morgen wieder abgefahren ist, wurden folgende Gegenstände entwendet:

Digitized by Google

1) ein türkischer Shwal, im angeblichen Werthe von	275 fl.
2) ein grünseidener Frauenoberrock	15 "
3) eine Haube von Seidentüll	6 "
4) ein durchaus gestickter Frauenkragen:	4 "
5) ein Paar Frauenschnürschuhe	2 "
	302 fl.

Der Reisewagen hatte in der unverschlossenen Remise eines sehr besuchten Gasthofs gestanden. Die vorbenannten Gegenstände befanden sich in einem Umschlage, welcher mit Stecknadeln zusammengeheftet und im offenen Wagen gelegen war. Diesen Pack vermißte der Reisende erst in Heppenheim und konnte daher nicht angeben, wann ihm solcher entkommen ist.

Der Verdacht dieser Entwendung fiel auf die ledige Barbara Brecht von Grünwettersbach, welche sich damals in Heidelberg aufhielt, angeblich um einen Dienst zu suchen.

Sie wurde auf Requisition des Oberamts Heidelberg durch jenes zu Durlach in ihrer Heimath verhaftet, und an das forum delicti commissi zur Untersuchung abgeliefert, in welcher sie jedoch beharrlich läugnete, den fraglichen Diebstahl verübt zu haben. Es ergaben sich indessen folgende Indicien gegen die Angeschuldigte:

1) Ihre Anwesenheit an dem Orte zu einer Zeit, wo der Diebstahl muthmaßlich verübt wurde. Nach der eidlichen Aussage des Gastwirths erkundigte sich dieselbe am Abend des 4. Nov. v. J. nach 9 Uhr in seinem Hofe nach einer Retourchaise, was sie nicht in Abrede zog.

2) Der Besitz des Gestohlenen. Die Inculpatin logirte sich den andern Tag bei einer Wittwe in Heidelberg ein und hielt sich daselbst mehrere Tage auf. Während dieser Zeit hatte die Wittwe und ihre Dienstmagd öfters Gelegenheit, den Kleidervorrath der Angeschuldigten zu sehen und genau zu betrachten.

Beide Zeugen benannten außer den Kleidern, welche die Brecht am Leibe trug, fünf Stücke, und beschrieben dieselben genau so, wie sie von dem Damnificaten bezeichnet waren, so daß die Identität mit Grund nicht bezweifelt werden konnte. Dazu kam noch, daß Damnificat von dem seidenen Frauenrock ein Ueberbleibsel zu Gerichtshanden beliefert hatte, welches von den nämlichen Zeugen für denselben Stoff erkannt wurde, aus welchem der Rock gefertigt ist. Als man der Inculpatin diesen Rest vorzeigte, gerieth sie in Verlegenheit und brach in Thränen aus, die sie aber bald wieder zu unterdrücken suchte.

3) Ihr freches Läugnen. Sie hat selbst in der Confrontation mit den beeidigten Zeugen nicht nur den Besitz jener fünf Kleidungsstücke, sondern auch noch weiter geläugnet, daß sie sich mehrere Tage bei gedachter Wittwe aufgehalten habe, indem sie nur einmal über Nacht geblieben und den andern Morgen abgereist seyn will.

4) Ihr schlechter Leumuth. Die Inculpatin ist eine Person, zu der man sich der fraglichen That wohl versehen kann, da sie, nach Erstehung mehrerer Polizeistrafen, bereits im Jahr 1834, wegen ersten fortgesetzten großen Diebstahls im Betrage von 41 Gulden 42 Kreuzer auf drei Monate ins Correctionshaus zu Bruchsal, sodann im Sommer 1836 wegen hartnäckig fortgesetzten liederlichen und verdächtigen Herumziehens auf drei Monate in das allgemeine Arbeitshaus zu Bruchsal verurtheilt wurde. —

Obschon die entwendeten Gegenstände aller Nachforschungen ungeachtet nicht ausfindig gemacht werden konnten, so wurde doch der objective Thatbestand dieses Diebstahls, als durch die eidliche Versicherung und Schätzung des Damnificaten erwiesen, angenommen und die Inculpatin auf den Grund der gegen sie vorliegenden Indicien durch hofgerichtliches Urtheil vom 28. Febr. d. J. des zweiten großen Diebstahls im Betrage von 302 Gulden für schuldig erkannt, und deshalb zu einer in Bruchsal zu erstehenden Zuchthausstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, zum Ersatz des Entwendeten, so wie zur Tragung der Untersuchungs- und Straferstehungskosten, verurtheilt. Einige Tage nach Eröffnung dieses Urtheils ließ sich die Inculpatin, welche mittlerweile den Recurs zur Gnade angezeigt hatte, zum Verhör melden, gestand den Diebstahl mit allen Umständen ein und bezeichnete ein Haus in Durlach, wo die gestohlenen Effecten sich befinden. Es wurden indessen nur der türkische Shwal, der Frauenrock und der Frauenkragen wieder beigebracht und von dem Damnificaten auf Vorzeigen als die ihm entwendeten Gegenstände anerkannt. Als Motiv der geänderten Sprache führte die Inculpatin an, sie sehe ein, daß es besser für sie sei, die Wahrheit zu sagen. Darin hat sich dieselbe auch wirklich nicht geirrt; denn von dem verpflichteten Tarator wurde der Shwal auf 6 Gulden, der Rock auf 2 Gulden und der Kragen auf 2 Gulden 30 Kreuzer gewerthet.

Es stellte sich demnach, mit Hinzurechnung des von dem Damnificaten angegebenen Werths der nicht mehr vorgefundenen Schuhe und Haube, die Summe des Diebstahls auf 16 Gulden 30 Kreuzer. Diese auffallende Differenz, die theils in der seitherigen Abnutzung der Kleidungsstücke, theils in der früheren Ueberschätzung, vielleicht aber auch in einer irrigen Ansicht über die Aechtheit des Shwals ihren Grund haben mag, mußte natürlich zu einem für die Angeschuldigte günstigen Resultate führen, welches in einem abändernden Erkenntniß vom 14. Mai d. J. besteht, wodurch sie nur zu einer Gefängnißstrafe von fünf Wochen verurtheilt ist.

Bayer.

Digitized by Google

III.

Hofgericht Mannheim.

Rechtsfall: Ein Testament wird zu Lebzeiten des Testators von einem Untergerichte für nichtig erklärt.

Wendelin Clar von Huttenheim hatte am 5. September 1834 ein öffentliches Testament errichtet und darin der Regine Brecht ein Grundstück vermacht. Am 10. Sept. 1834 wurde Clar vom Amte Philippsburg wegen Verstandesschwäche für entmündigt erklärt, und Melchior Lang als dessen Vormund bestellt. —

Dieser Vormund trug am 26. Mai 1835 dem Amte vor: Zu Bestreitung des Unterhalts des W. Clar sei es nothwendig, daß der Acker, über welchen jener in seinem Testamente verfügt habe, veräußert werde. Es wurde zugleich um die Ermächtigung hiezu gebeten.

Das Amt forderte den Bürgermeister in Huttenheim auf, das Waisengericht und die nächsten Verwandten des Pflegbefohlenen zu vernehmen, ob sie zum Verkauf des Ackers und nöthigen Falls zur Klagerhebung durch den Vormund ihre Einwilligung ertheilten.

Die Einwilligung wurde zu beiden ertheilt.

Statt daß nun das Amt, in Bezug auf L. R. S. 457 und 58, verbunden mit §. 19 des zweiten Einführungs-Edicts, über den Veräußerungsantrag als polizeiliche Obrigkeit erkannt hätte, veranlaßte es auf Einkunft obiger Erklärung einen Rechtsstreit, indem es am 30. August 1835 verfügte:

„citentur Melchior Lang und Regine Brecht zur Verhandlung."

Diese Verhandlung wurde am 29. September damit eröffnet, daß der Vormund Lang, als Kläger (unter Berufen auf die obengedachte Erklärung des Waisengerichts, als Ermächtigung zur Proceßführung) den Antrag stellte, das Testament des Wend. Clar für nichtig zu erklären, weil zur Zeit seiner Errichtung das Entmündigungsverfahren schon begonnen hatte.

Die im Testamente bedachte Regine Brecht übernahm die Rolle der Beklagten, und vertheidigte die Gültigkeit des Testaments.

Das Amt sprach dann am 28. October 1835 durch ein Urtheil aus:

„daß das Testament, als nicht zu Recht bestehend, aufzuheben und die Beklagte in die Kosten zu verfällen sei."

Hiergegen ergriff die Beklagte die Berufung, und bat, das amtliche Erkenntniß dahin abzuändern, daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sei. —

Das Hofgericht erkannte am 20. März 1837 nach diesem Antrage, indem es die von Lang, als Vormund des W. Clar, erhobene Klage abwies.

Die Entscheidungsgründe, welche hier nur kurz angedeutet werden sollen, bestanden darin:

1) daß ein Testament zu Lebzeiten des Testators keine Wirkung habe, daher der Veräußerung des fraglichen Ackers, zum Zwecke der Anschaffung des Lebensunterhalts für den Entmündigten, eben so wenig hinderlich gewesen wäre, als es ihn selbst, nicht entmündigt, hätte hindern können, sein Vermögen zu consumiren; — daß es also nicht nothwendig gewesen sei, das Testament erst zu beseitigen, bevor das Amt, als polizeiliche Obrigkeit, die ihm obliegende Entscheidung über den Veräußerungsantrag hätte ertheilen können;

2) daß in dem, von ihm selbst hervorgerufenen Rechtsstreite überdies beide streitenden Theile zur Sache nicht legitimirt seien; der Kläger nicht, weil die Testamentsanfechtung nicht zu seiner vormundschaftlichen Verwaltung während der Dauer der Entmündigung gehört, und letztere so lange der Entmündigte lebte, nach L. R. S. 512 möglicher Weise wieder hätte aufgehoben werden können, auch der jetzt vom Kläger repräsentirte Testator, wenn er nicht entmündigt wäre, gar keines gerichtlichen Zernichtungsantrags bedürfte, um sein Testament außer Wirksamkeit zu setzen; — die Beklagte nicht, weil sie noch gar keinen Anspruch auf den legirten Acker hatte, da die Voraussetzungen der L. R. Sätze 1014 und 1011 zu Lebzeiten des Testatros nicht eingetreten seyn konnten.

Kirn.

IV.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Mannheim, den 5. Mai 1837.

Nr. 4415. Plenum. Die ordnungswidrige Ausdehnung der Parteischriften in Civilsachen betreffend.

Beschluß:

Es hat sich seit längerer Zeit der Gebrauch eingeschlichen, daß die dahier übergebenen Parteischriften zweiter Instanz, statt nach den Vorschriften der §§. 1170 und 1218 der Prozeßordnung eingerichtet zu seyn, eine weitläufige Prozeßgeschichte, eine Recapitulation von Thatsachen und Beweisführungen, die bereits in den vordern Akten erörtert sind, und nicht selten erschöpfende Rechtsausführungen enthalten.

Eben so wenig wurden für die dahier zu verhandelnden Prozesse erster Instanz die §§. 1106 und 1108 der Prozeßordnung beobachtet.

Dieser Gebrauch steht nicht nur mit den erwähnten Vorschriften, sondern auch mit dem Geiste und den Haupt-

Digitized by Google

zwecken der Prozeßordnung so sehr im Widerspruch, daß sich der Gerichtshof veranlaßt sieht, demselben kräftig zu steuern.

Die Anwälte werden daher angewiesen, die zu übergebenden Schriftsätze künftighin den Vorschriften der Prozeßordnung gemäß einzurichten, oder zu gewärtigen, daß dieselben ohne Rücksicht zur ordnungsmäßigen Abfassung werden zurückgegeben werden.

Anmerkung. Der Einsender kann nicht umhin, noch den Wunsch beizufügen, daß dasjenige, was ein Schriftsatz nach den Bestimmungen der §§. 1170 und 1218 enthalten soll, in der dort vorgezeichneten Reihenfolge unter besondern Abschnitten vorgetragen werden möge, weil dadurch dem Respicienten der schnelle Ueberblick sehr erleichtert und möglichen Versehen in der Prozeßleitung am sichersten vorgebeugt, überhaupt die Klarheit der Darstellung auf diese Weise mehr gefördert wird. Bayer.

V.

Hofgerichtliche Competenz in Zoll- und Accisstrafsachen.

In den zwei Fällen, wo wegen erkannter Ordnungsstrafen gegen amtliche Urtheile der Recurs an das unterrheinische Hofgericht ergriffen ward, gab letzteres den Artikeln 1, 3 und 4 des provisorischen Gesetzes vom 18. Febr. 1836 (Reg. Bl. Nr. X.) die Auslegung, daß die Competenz der Gerichte in Steuerstrafsachen nicht eintrete, wenn das der Aburtheilung unterliegende Vergehen nicht entweder eine Defraudation oder eine solche mit Ordnungsstrafen bedrohte Uebertretung ist, bei welchen die arbiträre Geldstrafe mehr als 25 Gulden beträgt, und zu einer Ausnahme von dieser Regel in der Art, daß auch von den Gerichten Ordnungsstrafen erkannt werden können, immer vorausgesetzt werde, daß wenigstens die Beschuldigung auf eine Defraudation gehe (Art. 4).

Auf den Grund dieser Auslegung wurde in beiden Fällen der an das Hofgericht ergriffene Recurs als dahier nicht Statt findend erklärt. Bayer.

VI.

Aus dem Unterrheinkreise.

Curiosum.

Schäfer gegen Marx.

Gegen den Beklagten war ein bedingter Zahlungsbefehl erlassen worden, worauf er in termino Einwendungen anzeigte. Hievon wurde der Kläger benachrichtigt, jedoch nicht nach Maßgabe des §. 724 der Prozeßordnung verbeschieden. Er bat daher, nach Ablauf der gesetzten Frist, den Beklagten, unter Verfällung in die Kosten, zur Zahlung anzuhalten.

Darauf decretirte das Amt unterm 25. Febr. d. J.

„Es wird nunmehr die Forderung in Gemäßheit geschehener Androhung für zugestanden und jede Schutzrede dagegen für versäumt erklärt, sofort der Beklagte zur Befriedigung des Klägers innerhalb einer Frist von acht Tagen bei Vermeidung gerichtlicher Hilfsvollstreckung angewiesen."

Nachdem dieses Liquiderkenntniß dem Beklagten am 2. März zugestellt worden war, übergab er unterm 7. ejusdem eine Restitutionsbitte, worin er bemerkte, das er ja Einwendungen angemeldet habe; da nun die Verfügung vom 2. März ein Versäumungserkenntniß sei, gegen welches das Gesetz eine Restitution zulasse, so wolle er bitten, ihn gegen das Liquiderkenntniß zu restituiren und dem Kläger die Aufstellung einer förmlichen Klage zu überlassen.

Hierauf erging am 15. März der wörtliche

Beschluß:

„Wird die gebetene Restitution, wie sie angebracht ist, verworfen?

Rat. dec. Ein in der Gerichtspraxis s. g. Liquiderkenntniß, welche Benennung unsere Prozeßordnung nicht kennt, ist nicht als ein Contumazialerkenntniß, sondern als ein förmliches Urtheil zu betrachten. In einem bedingten Zahlungsbefehl wird nur im Falle des Nichtbefriedigens oder Nichtwidersprechens der Rechtsnachtheil des angenommenen Zugeständnisses angedroht, §. 721 Nr. 3, 4. Mehr als angedroht ist, darf auch nicht ausgesprochen werden. §. 653. Das Liquiderkenntniß kann deshalb nur das Zugeständniß der Forderung aussprechen, mit Anberaumung einer Frist zur Befriedigung, bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung. §. 723. Dieses Erkenntniß ist ein Urtheil, worin in Folge versäumter Zahlung oder Widersprechung nur ein rechtsgültiges Zugeständniß des Säumigen präsumirt, diesem somit in Folge einer Versäumung nichts aberkennt wird. Darum kann ein Liquiderkenntniß nach §. 669 Nr. 3 der Proceßordnung auch nicht als ein bloßes Versäumungserkenntniß gelten, sondern muß als ein förmliches Urtheil angesehen werden, gegen welches nur die Restitution der §§. 1251 sq., aber nicht jene der §§. 653 sq. Anwendung findet. Diese Ansicht bestätigt sich nach dem Inhalt der §§. 667 und 1265, nach welchen ein Liquiderkenntniß als Versäumungserkenntniß erst nach 14 Tagen vollzogen und eine Wiederherstellung dagegen nicht nachgesucht werden könnte."

Qui capere potest, capiat!

Bayer.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 31. Karlsruhe den 5. August 1837.

I.

Es gibt im Strafprozesse, zur Ausmittelung des Urhebers eines Verbrechens, nur künstlichen Beweis und keinen andern.

Je mehr Personalveränderungen in unsern Obergerichten vor sich gehen, desto augenfälliger wird es, daß sich die Majorität bald für, bald gegen die Zulässigkeit des Indicienbeweises gestaltet. Eine nochmalige Erörterung der alten Controverse: ob auf zusammentreffende Inzichten peinliche Strafe erkannt werden dürfe? möchte daher um so eher mit Nachsicht aufgenommen werden, als in allen bisherigen Discussionen den hierauf bezüglichen Bestimmungen unseres Strafedicts zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt und mancher Satz aufgestellt worden ist, welcher einer Berichtigung empfänglich zu seyn scheint. Bekanntlich herrschen über die erwähnte Streitfrage dreierlei Meinungen.

Die eine läßt Verurtheilung in die ordentliche Strafe auf künstlichen Beweis zu, sobald das Gegentheil nicht wahrscheinlich ist.

Die andere erkennt nicht an, daß durch Inzichten ein voller Beweis der Schuld erstellt werden könne und statuirt, wenn auch noch so viele Indicien zusammentreffen, immer nur Klagfreierklärung oder Sicherheitsverhaft in den dazu geeigneten Fällen.

Die dritte gestattet die Ergänzung eines unvollständigen natürlichen Beweises durch Inzichten, huldigt aber zugleich d. s. Möglichkeitstheorie und kommt folglich mit der zweiten Meinung im Resultate überein, weil schwerlich einmal der Fall eintritt, wo das Gegentheil dessen, was durch Indicien erwiesen ist, nicht denkbar oder nicht möglich wäre.

Wenn nun gleich einige der angesehensten Criminalisten, wie z. B.

Martin, Criminalproceß §. 85,

Feuerbach, Lehrbuch §. 369,

die Meinung vertheidigen, daß nichts, was zum Beweise der Schuld gehört, durch Anzeigen allein vollständig juridisch dargethan oder mit andern Worten, daß nur durch nicht künstlichen Beweis (Geständniß oder Zeugniß) das Subject der That in criminalrechtliche Gewißheit gesetzt werden könne; so kann doch die Behauptung, daß dieser Satz von Allen, selbst den eifrigsten Anhängern und Freunden des Indicienbeweises, zugegeben sei,

Archiv für die Rechtspflege ꝛc. I. B. S. 111,

nicht ernstlich gemeint seyn, da nicht nur die Möglichkeit eines vollständigen Beweises durch zusammentreffende Inzichten, sondern auch die Zulässigkeit desselben zur Verurtheilung in die ordentlichen Strafen ohne Ausnahme, sowohl von der Doctrin als Praxis, anerkannt ist.

Mittermaier, Strafverfahren II. Th. S. 272.

Derselbe, Lehre vom Beweis S. 441.

Geolmann, Grundsätze ꝛc. §. 448 und 451 b.

Tittmann, Handbuch ꝛc. §. 825, 26, 839, 842 und 46, 866 und 67.

Heffter, Lehrbuch ꝛc. §. 630.

v. Hohnhorst, Jahrbücher ꝛc. I. Bd. S. 154, 155.

Annalen der badischen Gerichte III. Bd. S. 147, 48.

Obschon dieser Ansicht der criminalrechtliche Grundsatz nulla poena sine crimine —

Archiv l. c. S. 103

keinen Eintrag thun mag, weil er mit der Beweistheorie im Strafprocesse überall nichts zu schaffen hat, so wendet man doch von einer andern Seite ein: Indicien könnten niemals Gewißheit, sondern immer nur Wahrscheinlichkeit liefern, wodurch die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausgeschlossen werde.

Mittermaier, Lehre vom Beweis, S. 435 bis 37.

v. Hohnhorst, l. c. S. 219 und 228.

Archiv, l. c. S. 120, 537, 58.

Sehr treffend entgegnet aber Tittmann l. c. §. 825:

„Die Möglichkeitstheorie, welche in den neuern Zeiten „in manchen Köpfen gewüthet hat, streitet wider alle „gesunde Vernunft."

Denn bei der übereinstimmenden Aussage von zwei tüchtigen Zeugen und bei dem unumwundenen Geständniß eines Beschuldigten ist eben so wohl das Gegentheil denkbar

Digitized by Google

oder möglich, wenn auch nicht wahrscheinlich. Dieß gibt selbst einer der heftigsten Gegner des Indicienbeweises zu.

Archiv, l. c. S. 104, 122, 23.

Uebrigens muß sich der menschliche Richter mit der subjectiven oder historischen Gewißheit begnügen oder den Stab überhaupt niederlegen, weil im Strafprozeß eine mathematische Gewißheit nur äußerst selten oder gar niemals wird hergestellt werden können.

Tittmann, l. c. §. 825.

Annalen, l. c. S. 148.

Archiv, l. c. S. 104.

Nun fürchtet man sich aber ganz besonders vor richterlichen Verirrungen, die bei einer künstlichen Beweisführung leichter möglich seien, als bei einer nicht künstlichen.

Archiv, l. c. S. 558.

Allein diese Aengstlichkeit ist theils ungegründet, theils übertrieben. Von den Behelfen, welche zu den natürlichen Beweismitteln gezählt werden, sind die gerichtlichen Wahrnehmungen, die Urkunden und Kunsturtheile nur geeignet, den objectiven Thatbestand in Gewißheit zu setzen oder Inzichten gegen den Urheber eines Verbrechens an die Hand zu geben.

Mittermaier, l. c. S. 132 — 135, 161, 181, 378 und 400.

Tittmann, l. c. §. 848.

Es bleiben also für den nichtkünstlichen Beweis nur noch Geständnisse und Zeugnisse übrig. Allein selbst diese liefern zur Ueberführung des Thäters wieder nur einen künstlichen Beweis, welcher erst durch eine Kette von Vermuthungen gebildet wird.

Der Richter glaubt dem Geständnisse des Angeschuldigten, weil es aller Wahrscheinlichkeit widerstreitet, daß ein Unschuldiger bei gesundem Verstande sich Verbrechen andichten und dadurch Ehre, Freiheit oder Leben — also die höchsten Güter des Menschen — aufs Spiel setzen werde, wenn er sich ihrer nicht unwürdig gemacht hätte.

Mittermaier, l. c. S. 226 ff.

Tittmann, l. c. §. 833.

Das isolirte Bekenntniß an und für sich reicht aber zum vollständigen Beweis der Schuld noch nicht hin. Der Bekennende muß auch solche Umstände der That angeben, die ein Unschuldiger nicht wissen kann. Nur dann, wenn diese Umstände sich anderwärts bestätigt finden, verdient das Geständniß vollen Glauben. Artikel 53, 54 und 60 c. c. c.

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Zeugnisse. Man verläßt sich auf die eidlichen Aussagen von zwei Zeugen, weil man unterstellt, daß sie die bezeugte Thatsache richtig auffassen konnten und darüber die Wahrheit angeben wollten. Das Hauptgewicht wird aber gerade auf die Uebereinstimmung ihrer Aussagen unter sich und mit anderen Umständen gelegt.

Mittermaier, l. c. S. 128, 133, 136, 294, 313, 403, 437 und 439, 461 und 464.

Tittmann, l. c. §. 851, 55 bis 57.

Selbst der natürliche Beweis erscheint mithin als ein circumstantieller und fällt mit dem künstlichen in Eins zusammen. In diesem Betrachte kann also nicht wohl behauptet werden, daß Verirrungen bei dem Einen leichter möglich seien als bei dem Anderen. Dagegen ist nicht zu läugnen, daß überall, es mag von Verurtheilung oder von Lossprechung die Rede seyn, Verirrungen Statt finden können.

Archiv, l. c. S. 120, 121.

Allein die Gefahr der Verirrung, welche von den Gegnern des Inzichtenbeweises, unter Hintansetzung aller Rücksichten für die allgemeine Sicherheit, gerne übertrieben wird, besteht mehr in der Einbildung als in der Wirklichkeit. Die Erfahrung ist der Faden der Ariadne, mit dessen Hülfe der menschliche Geist den sicheren Ausweg aus dem unendlichen Labyrinthe der Möglichkeiten findet. Noch hat den badischen Gerichten seit 1803 kein Fall nachgewiesen werden können, in welchem sich die Unschuld eines auf Indicien für schuldig erklärten Inculpaten späterhin zu Tag gelegt hätte. Aber es ist nicht lange her, daß eine wegen großen Diebstahls auf zusammentreffende Inzichten verurtheilte Inquisitin einige Tage nach der Urtheilsverkündung aus eigenem Antriebe ein umfassendes Geständniß abgelegt hat, welches mit allen obwaltenden Umständen aufs genaueste harmonirte.

Indicien sind leidenschaftsfreie, unbestechbare Zeugen, unter welchen keine Verabredung Statt finden kann. Ihnen gebührt daher unter den Beweismitteln zur Ueberführung eines Verbrechers der erste Rang. Wir müßten außerordentliche Verhältnisse zur Erklärung annehmen und alle unsere bisherigen Erfahrungen aufgeben, wenn wir die durch ein gewisses Zusammentreffen von Indicien entstandene Ueberzeugung von der Schuld einer bestimmten Person unterdrücken wollten.

Mittermaier, l. c. S. 131.

Wie sollte auch ein vernünftiger Gesetzgeber auf die Idee kommen, dem Richter zu gebieten, sich ex officio blind zu stellen um nicht zu sehen und zu erkennen, was alle Welt sieht und erkennt!

Daß der badische Gesetzgeber die Gerichte nicht in eine solche Lage setzen wollte, dürfte leicht nachzuweisen seyn.

Die Indicien haben nach §. 13 des Strafedicts nur die Wirkung verloren, daß auf den Grund derselben nicht mehr torquirt werden darf. Da sie aber in jeder andern Hinsicht ihre Natur und Wirkung behalten, so folgert

Digitized by Google

man daraus, daß jetzt auf zusammentreffende Inzichten, wenn sie nach Maßgabe des §. 14 ibid. erwiesen sind, peinliche Strafe erkannt werden dürfe.

Archiv, l. c. S. 94, 506 bis 512.

An und für sich ist jedoch dieser Schluß, wenn man sich nicht zu der von Tittmann l. c. §. 826 und 866 auf die Artikel 22 und 69 der P. G. O. gegründeten Ansicht, daß selbst unter ihrer Herrschaft eine Verurtheilung auf künstlichen Beweis erfolgen durfte, bekennen will, nur unter der Voraussetzung zulässig: daß vor Einführung der P. G. O. nach römischem Rechte eine Verdammung auf Inzichten erlaubt war.

Dieser Satz ist jedoch von manchen Criminalisten, z. B.
Grolmann, l. c. §. 451 b,
Mittermaier, l. c. §. 60,
Duttlinger, im Archiv l. c. S. 108,
bestritten, von andern hingegen, z. B.
Tittmann, l. c. §. 816,
Mittermaier, Strafverfahren II. Th. S. 274,
Hesser, l. c. §. 630,
v. Hohnhorst, l. c. S. 155,
Annalen, III. Bd. S. 147,
als ausgemacht angenommen und mit Beispielen belegt. Indessen wollte jenem Schlusse von den Gegnern des künstlichen Beweises die enorme Ausdehnung unterschoben werden, daß jetzt überall, wo nach der P. G. O. bei einem unvollständigen Beweis die Folter zur Anwendung kam, die poena ordinaria Statt finde.

Archiv, l. c. S. 93, 556 und 58.

Allein mit Unrecht, da nur durch das Ineinandergreifen und durch die wechselseitige Ergänzung mehrerer Gründe, die nach den Principien über Erforschung der Wahrheit ein gewisses Resultat als wahr verbürgen, die richterliche Ueberzeugung von der Schuld hervorgebracht werden kann.

Zu diesem Behufe ertheilt der §. 14 des Strafedicts darüber Vorschriften, wie die einzelnen Indicien erwiesen seyn müssen.

Mittermaier, Strafverfahren II. Th. S. 260 Note 2.

Das Edict läßt es im Allgemeinen bei der Vorschrift des Artikels 23 c. c. c., daß jede redliche Anzeige mit zwei guten Zeugen bewiesen werden soll.

Nach den Artikeln 23 und 30 c. c. c. konnte ein halber Beweis der Missethat durch die Aussage eines einzigen Zeugen erstellt werden. Daran allein genügt es aber dem Edicte nicht, indem es noch außerdem erfordert, daß die beschuldigte Person eine solche sei, zu welcher man sich der in Frage stehenden That wohl versehen möge.

Dieses Requisit mußte auch schon nach der Lehre der ältern italienischen Criminalisten vorhanden seyn, wenn auf das indicium delinquentis hin zur Tortur geschritten werden sollte.

Mittermaier, l. c. S. 258.

Die Bestimmung des Artikels 30 c. c. c.: „Aber so eyner „etlich Umbstende u. s. w.," wird durch den §. 14 dahin erläutert: daß jede entfernte Inzicht, die nur aus etlichen einzelnen Umständen besteht, welche einen Argwohn oder Verdacht begründen helfen, nur alsdann durch zwei unverwerfliche Zeugen bewiesen seyn müsse, wenn die vielen entfernten Inzichten alle durch die Aussagen ein und derselben Kundschafter begründet werden sollen. Daraus folgt, daß selbst bei mittelbaren Indicien (ind. indiciorum) die Aussage eines Zeugen für jede der mehreren Thatsachen, von welchen auf eine andere geschlossen wird, dann genügt, wenn er blos über ein Factum deponirt. Das nämliche gilt auch von den unmittelbaren entfernten Inzichten, indem es genügt, wenn jede derselben einen Zeugen für sich hat. Es dürfte aber zu weit gehen, wenn man die letzte, der P. G. O. fremde Vorschrift, sogar von nahen Anzeigen verstehen wollte. Doch scheint wohl so viel richtig, daß die nahe Anzeige, welche blos durch die Aussage eines Zeugen unterstützt ist, zur entfernten herabsinke und nur als solche wirke.

Indessen ist es dem §. 14 nicht zuwider, daß mehrere entfernte Inzichten durch ein und denselben Zeugen erwiesen werden. Er sieht z. B. den N. aus der Wohnstube des B. durchs Fenster herausteigen. B. vermißt bei seiner Nachhausekunft die Taschenuhr, welche er vor seinem Ausgange in der Stube an die Wand gehängt hatte. Den andern Tag sieht der nämliche Zeuge bei N. eine Taschenuhr, worauf der Name des B. eingravirt ist. Er fragt den N., wie er zu dieser Uhr komme? und dieser gesteht ihm, daß er sie gestern dem B. aus der Wohnstube von der Wand entwendet habe. —

Hier sind drei Inzichten, nämlich Anwesenheit am Ort der That, Besitz des Entwendeten und außergerichtliches Geständniß, durch den nämlichen Zeugen erwiesen; allein sie reichen zur Verurtheilung nicht hin, weil dazu die Aussagen von wenigstens zwei bis drei Zeugen erfordert werden.

Ist die bisherige Deutung richtig, so läßt sich nicht wohl einsehen, wie behauptet werden konnte, daß der Beweis der Inzichten durch den §. 14 bedeutend erleichtert worden und daß hierin nur von entfernten Indicien die Rede sei.

Archiv, l. c. S. 94, 95 und 96.

Denn in Bezug auf das indicium delinquentis ist der Beweis erschwert und hinsichtlich der entfernten Anzeigen eine Lücke der P. G. O. ausgefüllt worden. In Ansehung der nahen Inzichten bedurfte es keiner legislatorischen Nachhilfe, weil hierüber der Artikel 23 c. c. c.

Digitized by Google

schon Ziel und Maß gibt. Wenn dessen ungeachtet behauptet wurde, daß beim künstlichen Beweis, ohne Rücksicht auf objective Beweisregeln, lediglich das richterliche Ermessen walte,

Archiv, l. c. S. 560,

so erklärt sich dieser Sprung der Gegner jenes Beweises einfach daraus, daß sie von den §§. 13 und 14 des Edikts gar keine Notiz nehmen und sich genügsam an die §§. 10 und 11 halten, in welchen kein Wort von den Inzichten vorkommt.

Archiv, l. c. S. 553 — 55.

Nachdem der §. 10 die Tortur bereits abgeschafft hatte, so mußte den Indicien die deßfallsige Wirkung nothwendig entzogen werden. Dadurch entstand eine Lücke, zu deren Ausfüllung der §. 14 bestimmt ist, indem er verordnet, daß alle vorliegenden Inzichten zusammen genommen werden sollen, damit der Richter im Stande sei, daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des Inquisiten zu ziehen.

Dieß kann jedoch nur geschehen, wenn das ganze Factum, welches den Gegenstand der Untersuchung ausmacht, nach den vorgezeichneten Regeln durch Inzichten erwiesen ist; weil ohne Beweis eine Verurtheilung nicht Statt findet.

Der §. 18 macht es aber vollends deutlich, daß der Gesetzgeber den Indicien die Kraft des natürlichen Beweises beilegen wollte, indem er ausdrücklich festsetzt: daß die Klagfreierklärung des Beschuldigten nur bis auf etwaige neuere zureichende Inzichten von der Untersuchung befreit und ihm die Eigenschaft einer verdächtigen Person nicht abnimmt. — Daraus folgt also, daß, wenn schon in der ersten Untersuchung ein zureichender Inzichtenbeweis geliefert ist, die Verurtheilung des Angeschuldigten in die gesetzliche Strafe erfolgen muß.

Diese Gesetzesstelle, welche in allen bisherigen Erörterungen über unsere Streitfrage außer Acht gelassen wurde, steht im innigsten Zusammenhange mit den §§. 13 und 14 und klärt uns zugleich darüber auf, wie der Inhalt derselben zu verstehen ist.

Es kann demnach nicht blos ein unvollständiger natürlicher Beweis durch Indicien supplirt, sondern durch diese selbst ein vollständiger künstlicher Beweis geliefert werden.

Besonderer Vorschriften über die Grade der Zurechnung bedurfte es nicht, da längst ausgemacht ist, daß die Art der Willensbeschaffenheit und des Verschuldens (dolus oder culpa), beziehungsweis die das Verschulden bestimmenden Nebenumstände durch künstlichen Beweis dargethan werden können.

Archiv, l. c. S. 107, 109, 111 bis 116, 553. Note 3.
v. Hohnhorst, l. c. S. 155.
Annalen, l. c. S. 147.

Nun bleibt uns noch übrig, die Einwendungen der Gegner des Indicienbeweises, in so weit sie nicht schon widerlegt sind, einer nähern Prüfung zu unterwerfen. Sie behaupten:

1) durch die §§. 10 und 11 des Strafedicts sei an die Stelle der Tortur der Sicherheitsverhaft bei schweren gemeingefährlichen Verbrechen und das Erforschungsmittel der Wahrheit bei geringern nicht mit Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen gesetzt worden.

Archiv, l. c. S. 94, 115 und 556.

Durch das Gesetz vom 25. Novemb. 1831 (Regierungsblatt Nr. 30) ist nun aber auch das Erforschungsmittel der Wahrheit wie die Ahndung der gerichtlichen Lüge aufgehoben und dadurch den Gegnern ein Theil des Terrains entzogen, auf welches sie sich aus Furcht vor den Indicien geflüchtet hatten. Aber auch davon abgesehen, beruht jenes Argument auf keiner haltbaren Grundlage, weil von Anwendung der einen oder andern Maßregel immer nur da die Rede seyn konnte, wo ein mangelhafter Beweis, ein bloßer Verdacht vorlag; dagegen muß überall, wo ein vollständiger oder zureichender Beweis — man nenne ihn natürlichen oder künstlichen — durch die Untersuchung geliefert ist, die gesetzliche Strafe eintreten.

Archiv, l. c. S. 511 und 12.

Die §§. 10 und 11 können mithin sehr wohl neben den §§. 13, 14 und 18 bestehen und, je nach Beschaffenheit der Fälle, bald diese, bald jene zur Anwendung kommen, in so weit sie noch gelten.

Darum wird auch die Behauptung, es sei des Gesetzgebers bestimmte Absicht und Meinung gewesen, in den Fällen, wo früher Tortur Statt fand, also namentlich in den Fällen eines bloßen, wie immer gearteten Inzichtenbeweises keinerlei Strafe, auch nicht einmal eine geringere außerordentliche, viel weniger also das volle gesetzliche Maß der ordentlichen Strafe zuzulassen,

Archiv, l. c. S. 557,

als eine den Bestimmungen des Gesetzes direct widersprechende Annahme ewig unerwiesen bleiben.

Sollte Karl Friedrich, welcher, der Erste unter den Fürsten des deutschen Reichs, im Jahr 1767 die Folter abgeschafft hat, 36 Jahre später nicht einen Schritt weiter gegangen seyn, um durch Zulassung des künstlichen Beweises wieder mit einem Beispiel von Aufklärung voran zu leuchten, welches in den neuern Gesetzbüchern anderer Staaten, mit dieser oder jener Modification, schon vielfach nachgeahmt worden ist? —

Die Gegner des Indicienbeweises sind auch der Meinung

2) daß eine so wichtige, die ganze Beweistheorie umgestaltende Bestimmung deutlich und positiv ausgesprochen und nicht blos der Folgerung aus andern Bestimmungen,

Digitized by Google

welche direct den Beweis der Inzichten als solcher betreffen, überlassen worden seyn würde, wenn sie in der Absicht des Gesetzgebers gelegen wäre.

Archiv, l. c. S. 95.

Wer geneigt ist, ohne vorgefaßte Meinung die §§. 13, 14 und 18 mit Aufmerksamkeit zu lesen, der wird sich bald überzeugen, daß die Worte des Gesetzes an Deutlichkeit des Ausdrucks nichts zu wünschen übrig lassen. Erinnert man sich nun, daß in der Doctrin darüber Streit herrscht, ob nach römischem Recht auf künstlichen Beweis die poena ordinaria erkannt werden konnte? so darf man sich nicht wundern, wenn der Gesetzgeber bei Abschaffung der Tortur für nöthig erachtet hat, jene Controverse zu entscheiden, ohne sich dem Vorwurf einer unerhörten Sorglosigkeit auszusetzen, welcher ihm in casum casus gemacht werden wollte,

Archiv, l. c. S. 559, *.

denn er mußte, um nicht in den Fehler der Casuistik zu verfallen, sich auf allgemeine Regeln beschränken und die Beurtheilung der Frage: ob im einzelnen Fall der Beschuldigte durch zusammentreffende Indicien der ihm zur Last gelegten That überführt sei? dem vernünftigen Ermessen des Richters, welches von jeher eine bedeutende Rolle gespielt hat, anheimstellen, weil es, wie alle Versuche der neuern Gesetzgebungen beweisen, äußerst schwierig ist, hierüber durchgreifende Regeln festzusetzen, ohne die Reflexion des Richters in Fesseln zu legen.

Archiv, l. c. S. 97.

Annalen, l. c. S. 148.

Jedenfalls fordert aber der §. 14 zum Beweis der Schuld das Zusammentreffen mehrerer Inzichten, welche dieselbe als wahr verbürgen. Es ist sorgfältig vermieden worden, eine bestimmte Anzahl naher oder entfernter Indicien als Bedingung des vollständigen Beweises zu fordern.

Selbst entfernte Indicien können dazu hinreichen. Ihr Werth besteht vornehmlich darin: daß der eine Zeuge über diesen, der andere über jenen an sich gleichgültigen Thatumstand aussagt, ohne den Zusammenhang desselben mit anderen korrespondirenden Thatsachen zu kennen und die Beziehung, in welcher seine Wahrnehmung zu dem Hauptfactum steht, nur entfernt zu ahnen oder zu errathen. Dieselbe Bewandtniß kann es mit mehreren Urkunden haben. Die vorhin aufgestellte Behauptung ist nicht so gewagt, wie sie auf den ersten Anblick erscheinen mag; denn überall wird die richterliche Ueberzeugung erst durch Combination hervorgebracht.

Man weiß vorerst nicht, daß zwei Zeugen über die Missethat gleichlautend deponiren. Jede steht für sich isolirt da, wie es nicht anders seyn kann. Nun bringt man sie mit einander in Verbindung und findet durch ihr Zusammentreffen die Missethat vollständig erwiesen, obgleich der Verbrecher ein Mann von bestem Rufe ist, dem Niemand die That zugetraut hätte. Hier würde also jede der beiden Zeugenaussagen für sich allein keinen halben Beweis ausmachen oder keiner nahen Inzicht gleich gelten. Nichts desto weniger liefern sie aber im Zusammenhang einen vollen Beweis, so fern sie durch andere Umstände einigermaßen unterstützt werden.

Wir wollen aber den Fall setzen: Ein Zeuge hört von A die Aeußerung, daß er den H bei der nächsten Gelegenheit erdolchen werde. Noch an demselben Abend sieht ein anderer Zeuge den A beim Hause des H herumschleichen. Ein dritter Zeuge geht eben durch die Straße, wie A auf den aus seiner Hausthüre tretenden H losstürzt und ihm einen Dolch in die Brust stößt. Wie A den Zeugen ansichtig wird, ergreift er eiligst die Flucht. Letzterer findet nun den H in seinem Blute da liegen; er röchelt und stammelt noch die Worte: A ist mein Mörder! Allein dies ist unglaublich, weil A den besten Ruf genießt.

Hier haben wir nun die Aussagen von drei guten Zeugen; allein jede steht für sich allein da und gilt folglich nur als entfernte Inzicht. Wir fragen aber, ob der Richter, wenn er diese Aussagen dreier Zeugen, diese entfernte Inzichten zusammennimmt, nicht im Stande ist, daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des A zu ziehen; wir fragen ferner, ob es denn so etwas Entsetzliches ist, wenn der Gesetzgeber geschehen läßt, daß A auf die Aussagen dieser drei Zeugen, die doch nur entfernte Inzichten abgeben, zum Tod verurtheilt werde? daß dieses aber geschehen dürfe, hat er und zwar am rechten Orte, d. h. da, wo von dem Beweise der Schuld, von der Verurtheilung und Freisprechung die Rede ist, so deutlich und positiv ausgesprochen, daß man fürwahr nicht nöthig hat, zu Folgerungen seine Zuflucht zu nehmen. Doch würde es, wie die Erfahrung lehrt, nicht überflüssig gewesen seyn, wenn den §§. 13, 14 und 18 eine Hand mit ausgestrecktem Finger, nach dem Muster der Zeitungen, vorgedruckt worden wäre, um anzudeuten, daß hierin der Indizienbeweis abgehandelt und für zulässig erklärt wird.

Ferner wenden die Gegner des künstlichen Beweises ein:

3) der ganze §. 14 handle nicht vom Beweise durch Inzichten sondern vom Beweise der Inzichten, er beziehe sich nicht auf den Artikel 22 c. c. c., sondern auf die Artikel 23 und 30, es solle und könne also auch damit an dem Artikel 22 nichts abgeändert werden.

Archiv, l. c. S. 96 und 554.

Digitized by Google

Hier ist nur der Obersatz richtig, die Conclusion hingegen falsch. Man kann nämlich dem Gesetzgeber nicht zumuthen, daß er in dem nachfolgenden Paragraphen wiederhole, was er im vorhergehenden gesagt hat. Der §. 13 handelt von der Natur und Wirkung der Inzichten; er bezieht sich auf die Artikel 18 bis 44 c. c. c. und also namentlich mit auf den darunter begriffenen Artikel 22, worin ebenfalls von der Wirkung der Inzichten die Rede ist. — Dagegen bezieht sich der §. 14 auf die Art. 22 und 30 c. c. c., welche, wie jener, von dem Beweise der Inzichten handeln. In so fern aber, als der §. 14 bestimmt, wie die Indicien erwiesen seyn müssen, damit der Richter im Stande sei, daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des Inquisiten zu ziehen, handelt er auch von dem Beweise durch Inzichten.

Wenn nun die Gegner, wie schon bemerkt, gleichwohl behaupten, daß der Beweis der Inzichten durch den §. 14 bedeutend erleichtert worden sei, so müssen sie doch auch zugeben, daß der Gesetzgeber die Artikel 23 und 30 theilweis abändern und ergänzen wollte, wie sein Ausspruch beurkundet. Allein mehr systematische Ordnung als in der P. G. O. herrscht, kann man von dem Strafedicte, welches als ein provisorisches Normativ blos in Additionalartikeln zu jener besteht, billiger Weise nicht verlangen.

Endlich wird von den Gegnern des künstlichen Beweises noch herausgehoben:

4) die Haupabsicht des badischen Gesetzgebers sei gewesen, die Reichsstrafgesetzgebung mit den Anforderungen der vorangeschrittenen Aufklärung und den im Edicte zu verzeichnenden Regeln der mildern Praxis in Uebereinstimmung zu setzen.

Archiv, l. c. S. 556.

Diese Tendenz läßt uns aber, in Anbetracht, daß die Aufklärung im Jahr 1803 viel weiter vorangeschritten war, als im Jahr 1532, um so weniger bezweifeln, daß unser erleuchteter Gesetzgeber, abweichend von Schwarzenbergs veralteter Ansicht, die Indicien gleich anderen Erkenntnißquellen zu einem gültigen Anschuldigungsbeweis erheben wollte, als es sonst nicht erklärbar wäre, warum ausschließlich nur der Beweis der Inzichten besonders geregelt wurde!

Liegt es nicht auf flacher Hand, daß bei der veränderten Gerichtsverfassung, nach welcher nicht mehr unwissende Schöppen, sondern rechtsgelehrte Richter das Urtheil zu fällen haben, die Beweistheorie modificirt werden mußte?

Die mildere Praxis bestand übrigens darin, daß man schon lange vor 1803 den Zauberer nicht mehr verbrannte, den Gotteslästerer und Meineidigen nicht mehr verstümmelte, daß man den Verräther nicht mehr auf den Richtplatz schleifte und mit glühenden Zangen riß, dann köpfte und darnach viertheilte, daß man die Kindsmörderin nicht mehr lebendig vergrub oder pfählte, daß man die unmenschlichen Qualen der Folter nicht mehr zur Anwendung brachte, um ein Geständniß zu erpressen u. s. w.

Das Prädicat der Milde verdient jedoch diejenige Praxis nicht, welche, unter Zugrundlegung des §. 10, auf bloßen Verdacht hin einen dreißigjährigen Sicherheitsverhaft erkennt!

Annalen, l. c. I. Bd. S. 75.

Ein Erkenntniß dieser Art war unter der Herrschaft der P. G. O. in der That unerhört. Sollte man aber glauben, daß der nämliche Gesetzgeber, welcher in seiner Sorgfalt für die allgemeine Sicherheit schon den eines schweren Verbrechens blos Verdächtigen mit dem Verlust der Freiheit bedrohte, weit davon entfernt gewesen sei, dem künstlichen Beweis seine Sanction zu ertheilen, um gerade den verstockten Bösewicht, welchen die Folter nicht mehr schreckt, seines Läugnens ungeachtet zur Strafe zu ziehen?

Da jedoch der Richter auch bei dem künstlichen Beweis an bestimmte Regeln gebunden und überdies gehalten ist, die Motive seiner Abstimmung in die Acten niederzulegen, so herrscht zwischen ihm und dem Geschworenen ein großmächtiger Unterschied.

Mittermaier, Lehre vom Beweis S. 124.

Möge nun dieser Erörterung das Glück zu Theil werden, die widerstreitenden Ansichten über den künstlichen Beweis der Versöhnung näher zu bringen oder dem Gesetzgeber als Veranlassung zu dienen, recht bald durch eine authentische Interpretation die bestehenden Zweifel zu lösen!

Bayer.

II.

Großherzogliches Oberhofgericht.

Welche Pensionsansprüche hat eine Wittwe, deren Ehemann, früher standesherrlicher Diener, auf die großherzogl. Staatscasse immatriculirt wurde?

Vergl. Annalen vierter Jahrgang Nr. 52. II.

Das früher mitgetheilte Urtheil großherzogl. Hofgerichtes des Unterrheinkreises wurde vom großherzogl. Oberhofgerichte am 24. Jan. 1837 bestätigt, aus folgenden Gründen:

Nach Ansicht der Staatsministerialentschließung vom 13. Sept. 1827, insbesondere der §§. 3 und 4, worauf der entferntere Klaggrund basirt und woraus, abgesehen von der Frage über die Gesetzeskraft dieses höchsten Beschlusses,

Digitized by Google

allermindestens für die betreffenden Staatsbehörden die Ermächtigung *) hervorgegangen ist, mit den gemäß des Edictes vom 14. Mai 1813 an das Großherzogthum Baden übergegangenen standes- und grundherrlichen Jurisdictionsbeamten Verträge über deren Einverleibung in die Civildiener-Wittwencasse, respective in die Staatscasse, je nachdem solche nämlich bei der Aemterorganisation im Jahre 1814 in Activität geblieben oder in den Quiescentenstand gefallen und später nicht wieder activirt worden sind, abzuschließen;

In Erwägung, daß der verstorbene Hofrath Serger unbestritten in die Klasse derjenigen standesherrlichen Justizbeamten gehört, welche durch das oben erwähnte Edict vom Jahre 1813 an Baden angefallen, von diesem übernommen, im Jahre 1814 in Quiescentenstand gefallen und später nicht wieder activirt, sondern im Jahre 1825 nach Anleitung der Dienerpragmatik vom Jahre 1819 mit einem Gehalte von 3185 fl. 47½ kr. förmlich in Pensionsstand versetzt worden ist;

In Erwägung, daß die Behauptung der Klägerin, welche den nächsten Klaggrund bildet, ihr verstorbener Ehemann sei mit 3000 fl. in die durch mehrerwähnten höchsten Beschluß constituirte Staatswittwenanstalt wirklich immatriculirt worden, und habe von dieser Summe den seit 1813 verfallenen Rückstand mit 960 fl. und die jährlichen Beiträge mit 45 fl. bis zu seinem im Jahre 1837 erfolgten Tod bezahlt, von Seiten des großherzogl. Fiskus anerkannt ist;

In Anbetracht, daß hierdurch das Daseyn eines rechtsgültigen Vertragsverhältnisses eingeräumt ist, dessen Nachfolger nach Sergers Tod in der in der Klage angesprochenen Art und Größe, in Berücksichtigung, daß letztere der Berechnung nach nicht bestritten ist, zu erfüllen sind, wenn nicht Einreden vorhanden seyn sollten, welche diesen Anspruch ganz oder theilweise zu beseitigen vermögen;

In Erwägung, daß die vorgeschützten Einreden als begründet nicht erachtet werden können, nämlich

1) der auf die Abtheilung in der Besoldungsnote vom 27. Nov. 1805 im etatsmäßigen Gehalt und pensionis loco, und auf den §. 8, Absatz 9 der Civildienerwittwenfisciverordnung vom 28. Juni 1810 gestützte Einwand,

daß derjenige Theil des Diensteinkommens Sergers einverleibungsunfähig gewesen, welcher in dieser Besoldungsnote als Pension bezeichnet sei,

ist unhaltbar, einmal darum, weil aus dieser Gehaltsabtheilung nicht anzunehmen ist, daß Serger in fürstlich salmischen Diensten theilweise activ, theilweise pensionirt gewesen sei, dieselbe stellt sich vielmehr nur als Folge der organischen Einrichtung der Etats im damaligen Fürstenthume Salm-Krautheim dar, sein ganzer Gehalt muß aber dessen ungeachtet als wirklicher Activgehalt angesehen werden, weil Serger in fürstlich Salmschen Diensten als Hof- und Justizcommissär wirklich activ war und blieb, und ihm nach Maßgabe des Reichsdeputationsabschlusses vom Jahre 1803 ohnedies von seinem, unter Kurmainz besessenen Dienstgehalt nichts entzogen werden konnte; sodann aber, weil ja die mehrerwähnte höchste Entschließung vom 13. Sept. 1827 bei denjenigen standesherrlichen Jurisdictionsbeamten, welche bei der Aemterorganisation vom Jahre 1814 in den Quiescentenstand gefallen und später nicht wieder activirt worden sind, ausdrücklich die Abweichung von dem §. 8, Absatz 9 der Wittwenfisciverordnung zulässig erklärt, daß nämlich ihr Quiescentengehalt immatriculfähig sei, zwar nicht in die Civildienerwittwenkasse, aber in die Staatskasse, aus welcher sie dasjenige zu empfangen hätten, was sie, wenn sie activ geblieben wären, statutenmäßig aus der Wittwencasse anzusprechen gehabt hätten, woraus folgt, daß auf den in fraglicher Besoldungsnote vorkommenden Unterschied zwischen etatsmäßigem Gehalt und pensionis loco nicht das mindeste Gewicht zu legen ist, weder in Beziehung auf die Frage:

ob großherzogl. Fiscus nur schuldig gewesen wäre, den als Pension bezeichneten Gehalt auf die Staatskasse zu übernehmen?

Denn diese hat keinen praktischen Werth, nachdem der ganze Sergersche Gehalt wirklich vom Staate übernommen und bis zu Sergers Tod ausbezahlt worden ist, und überdies ist sie auch hier nicht Gegenstand der Prozeßverhandlungen, und folgeweise kann auch darüber nicht abgeurtheilt werden, noch bezüglich auf die Einverleibungsfähigkeit, eben weil durch die Quiescirung Sergers im Jahre 1814 sein früher von Kurmainz, später von Salm-Krautheim bezogenes und im Jahr 1813 von Baden übernommenes ganzes Diensteinkommen unter den Gesichtspunkt von Quiescentengehalt gefallen, solches im Jahr 1827 aber für immatriculfähig erklärt worden ist.

Damit zerfallen aber die übrigen Einreden von selbst:

2) Die Einrede nämlich, daß die betreffenden Staatsbehörden bei der Immatriculirung Sergers mit 3000 fl.

*) Die Frage dürfte dabei aufgeworfen werden: Ob das großherzogliche Staatsministerium befugt war, eine solche Ermächtigung zu ertheilen und die großherzogl. Staatskasse zu belasten? Sollte die Beantwortung verneinend ausfallen, so würde der Vertrag, abgeschlossen von einer nicht befugten Stelle, von selbst zerfallen. Will man aber die Staatsministerialentschließung vom 13. Septbr. 1827 als Gesetz betrachten, so hat der Richter zu prüfen, ob dasselbe auf rechtsgültige Weise zu Stande gekommen ist, wodurch allein die Anwendung bedingt wird.

Digitized by Google

die Grenzen ihres Mandates überschritten, ist ungegründet, denn sie haben nur gethan, wozu sie von der höchsten Staatsgewalt ermächtigt waren, indem sie den Ruhegehalt Sergers, resp. das Maximum von 3000 fl., was immatriculafähig ist, dem Einverleibungsvertrage zum Grunde gelegt haben.

3) Die Einrede des Irrthums ist unerheblich und ungegründet, ersterrs weil der Irrthum ein selbstverschuldeter wäre, der nach L. R. S. 1110a. eine Vertragsauflösung nicht zur Folge haben kann, indem die Besoldungsnote schon bei der Pensionirung Sergers im Jahre 1825 vorlag, letzteres aber, weil nach der Entwicklung oben unter Nr. 1 von einem Irrthume nicht die Sprache seyn kann.

4) Die auf das Finanzgesetz von 1831—32 gestützte Einrede ist grundlos, weil angeführtermaßen eine Pensionstheilung über das gesetzliche Maß nirgends vorliegt.

5) Die Einrede endlich, daß die Klägerin jedenfalls für sich und ihre minderjährigrn Kinder keine Ansprüche auf die Staatspension habe, widerlegt sich theils durch den Inhalt des Staatsministerialbeschlusses vom Jahre 1826, theils durch die Betrachtung, daß die von Baden übernommenen standes- und grundherrlichen Justizbeamten auf die Wittwen- und Waisenversorgung durch die Staatsministerialentschließung vom Jahre 1827 den übrigen landesherlichen Dienern gleichgestellt werden sollen.

III.

Hofgericht Mannheim.

Den Gerichtsstand eines Grundherrn betreffend.

(v. Venningen gegen v. Venningen.)

Die Freifrau von Venningen hatte eine persönliche Klage gegen ihren Sohn Carl Theodor Heribert Frhr. v. Venningen vor dem Hofgericht in Mannheim erhoben, und dieser bestritt die Competenz des Hofgerichts, nicht zwar in Bezug auf den Streitgegenstand, als ob sich derselbe zur gerichtlichen Entscheidung nicht eigne, sondern in Bezug auf seine Person.

Der Gerichtshof verwarf aber die Einrede der Incompetenz:

In Erwägung 1) daß Beklagter von der großherzl. Regierung als Grundherr anerkannt ist (Regierungsblatt von 1835, S. 14);

In Erwägung 2) daß er daher nach der Declaration vom 22. April 1824 §. 1 einen befreiten Gerichtsstand in der Art genießt, wie solcher im Edict vom 28. December 1813 (Regierungsblatt v. 1826 Nr. III.) in Bezug auf das Edict vom 21. März 1812 (Regierungsblatt XIV.) bestimmt wurde;

In Erwägung 3) daß das angeführte Edict von 1813 erklärt: „die Grundherrren und deren Familienangehörige seien in die vor dem 26. Nov. 1809 genossenen privilegirten Gerichtsverhältnisse in der Maße wieder einzusetzen, wie jene Verhältnisse durch das erwähnte Edict von 1812 den Standesherren zustehen;

In Erwägung 4) daß den Standesherrren nach §. III. 6. des letztern Edicts in allen den Fällen der befreite Gerichtsstand eingeräumt ist, in welchen sie oder ihre Familienangehörige Beklagte sind, welcher Vorzug in §. 1 des vierten Constitutionsedikts auch den Grundherrn rücksichtlich aller persönlichen Klagen zugestandrn, durch die Organisation von 1809 (Edict §. 4 und Beilage C. §. 10) aber aufgehoben und durch das Edict von 1812 §. II. 1 — 3 nur in beschränktem Maße ihnen wirder bewilligt worden war;

In Erwägung 5) daß demnach nunmehr der Beklagte auch für gegenwärtige, gegen ihn erhobene, das persönliche Aufsichtsrecht auf eine Stiftung, also ein rein persönliches (eine Art von Ehren-) Recht betreffende Klage, des befreiten Gerichtsstandes vor dem Obergerichte genießt, welchem Privilegium er sowohl, weil es ein allgemeines Standesprivilegium, als weil es, wrgen Entziehung einer Instanz zugleich als *privilegium odiosum* anzusehen ist, nicht in concreto entsagen kann, und welchem Privilrgium in der Einwendungsschrift auch nicht ausdrücklich entsagt wu.de;

In Erwägung 6) daß die Competenz des unterrheinischen Hofgerichts insbesondere durch den in dessen Gerichtsbezirke gelegenen Wohnsitz (L. R. S. 102a.) des Beklagten begründet ist ꝛc.

Kirn.

IV.

Ist der Ehemann Kraft Gesetzes Pfleger seiner noch minderjährigen Frau?

Nach S. 476 wird die minderjährige Ehefrau durch die Heirath gewaltsentlassen.

Die Handlungen, die sie nach S.S. 482 bis 484 als gewaltsentlassene Minderjährige nicht vornehmen darf, kann sie als Ehefrau, auch wenn sie großjährig ist, nach S.S. 215 bis 222 für sich allein nicht vornehmen.

Hinsichtlich dieser Handlungen fordern aber die S.S. 215 bis 222 nur die Ermächtigung des Ehemanns (oder nach Umständen des Gerichts), und für den Fall, daß der Ehemann selbst noch minderjährig oder mundtodt ist, geben die S.S. 221 und 222 besondere Bestimmungen; ist also blos die Frau noch minderjährig, so muß es, da eine gleiche besondere Fürsorge nicht getroffen ist, an der allgemeinen Bestimmung, daß der Mann dir Frau ermächtigen könur, genügen, und es ist die Zustimmung eines weitern Pflegers zu solchen Handlungen der nach S. 476 gewaltsentlassenen Ehefrau nicht erforderlich.

Damit steht im Einklange der S. 506, wornach der Mann als gesetzlicher Vormund seiner entmündigten Frau gilt, und der Gesetzgeber hat eine gleiche specielle Bestimmung hinsichtlich der minderjährigen Frau wohl nur darum umgangen, weil er sie durch S. 476 für gewaltsentlassen erklärte, und hinsichtlich der dem Gewaltsentlassenen nicht zustehenden Handlungen (S S. 482 bis 484) der Frau (ohne Rücksicht, ob sie minderjährig oder großjährig sei) die Ermächtigung des Ehemanns oder des Gerichts festsetzte.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 32. | Karlsruhe den 12. August 1837.

I.

Bemerkungen über die Verhandlungen des Beweisverfahrens vor Kollegialgerichten.

Es läßt sich wohl bestimmt behaupten, daß das mündliche Verfahren in Rechtsstreiten gegen das schriftliche einen raschern lebendigern Gang des Prozesses nicht nur erzweckt, sondern auch als eine Grundbedingung der Möglichkeit materieller richtiger Entscheidung verlangt, denn das schriftliche Verfahren, welches alle Fortschritte und Vorkommenheiten des Prozesses an die Schrift bindet, baut eben deshalb jeden weitern Schritt auf die zurückliegenden alles enthaltenden Schriften, so daß der zum Enderkenntniß schreitende Richter in seinem Ueberschauen des ganzen Gangs und aller Vorkommenheiten des Prozesses auch in die Lage gesetzt ist, sein Urtheil auf alle vorhergegangenen Verhältnisse zu begründen. Scripta manent. Bei dem mündlichen Verfahren dagegen, nam verba volant, entgeht dem urtheilenden Richter im Fortschreiten des Processes die Erinnerung an das vorhergegangene mündlich Verhandelte, und je mehr sich das Ende des Processes von seinem Anfang entfernt, desto mehr wird die Erinnerung an den Anfang geschwächt seyn. Allerdings hat unsere Proceßordnung die Thatsachen an die Schrift gebunden, und somit den Richter in die Lage gesetzt, auch in einem weit zurückliegenden Enderkenntniß doch die Kette des Thatsächlichen des Rechtsstreits verfolgen zu können, ebenso sind die actenmäßigen Entscheidungsgründe seiner vorhergegangenen Zwischenerkenntnisse die Zeugen seiner Rechtsgründe, allein die vorhergegangenen Rechtsausführungen der Parteien mangeln ihm, und bedenkt man nun, daß je länger ein Rechtsstreit gedauert hat, und je mehr er durch Nebenthüren und Seitengänge mannigfacher insbesondere mündlicher Zwischenverhandlungen geführt worden ist, es desto schwerer ist, in der mündlichen Endverhandlung dem urtheilenden Richter ein getreues Bild aller Vorkommenheiten des Prozesses von Seiten des Anwalts darzustellen, und von Seiten des Richters aufzufassen, so wird man auch zugeben, daß mögliche Vermeidung von Zwischenverhandlungen und rasche Beendigung des Processes hauptsächlich bei dem mündlichen Verfahren Noth thut. Es steht auch damit ein organischer Umstand des Richters in den Kollegialgerichten in genauer Verbindung, denn während der Einzelnrichter in allen Vorkommenheiten des Prozesses immer derselbe ist, wechselt die Besetzung des je urtheilenden Kollegialgerichts in seinen einzelnen Richtern manchmal bis zur Aenderung der Majorität, und abgesehen davon, daß dergestalt oft die Zwischenurtheile von Richtern erlassen werden, welche bei der Instruction des Prozesses überhaupt, oder bei Entstehung des zu entscheidenden Zwischenpunkts nicht anwesend waren, so kommt es nicht selten vor, daß das am Ende der langwierigen Beweisverhandlungen ganz anders zusammengesetzte Gericht das Beweiserkenntniß mit seinen vielfachen Verhandlungen über den Haufen wirft, und ein Definitiverkenntniß erläßt, welches dem frühern Beweiserkenntniß schnurstracks zuwiderläuft.

Das sind nicht zu verkennende Mißstände. Je mehr aber das Verfahren solche Zwischenverhandlungen zuläßt, desto mehr treten diese Mißstände ein, und das ist nun nicht zu widersprechen, daß unsere Prozeßordnung in ihren Vorschriften über das Beweisverfahren dergleichen Zwischenverhandlungen nicht nur zuläßt, sondern in einem hohen Grad begünstigt. Ueber die Beweiseinreden jeglicher Art werden Zwischenverhandlungen zugelassen und Zwischenerkenntnisse gefällt, zum Beweise des Beweismittels der Urkunden werden im §. 444 die Beweismittel des Eides und der Zeugen zuläßig erklärt, welche wieder die Zwischenverhandlungen über die Feststellung der Eidesformel und über die Beweiseinreden hinsichtlich der Zeugen mit sich führen, der Eid kann sich vorbehalten werden, und führt sonach im Falle der Erschöpfung des Verfahrens über den sonst angetretenen Beweis die Zwischenverhandlung über die Feststellung der Eidesformel nach sich, ist sie festgestellt, so kann über die Zuläßigkeit der Zurückschiebung abermals

Digitized by Google

eine Zwischenverhandlung entstehen, oder durch die leider zugelassene Gewissensvertretung wieder ein Beweisverfahren, mit allen schon einmal durchgemachten Zwischenverhandlungen des frühern Beweises eingeführt werden, welches bei seinem Mißlingen der Gewissensvertretung wieder die Zwischenverhandlung über die Zulässigkeit der alsdann noch statthaften Eideszurückschiebung erzeugt. Bei Sachverständigen, welche vom Richter ernannt werden, können sich durch die Zulassung wiederholter Begutachtungen die Zwischenverhandlungen über die Zulässigkeit der Personen gerade verdoppeln, und da der §. 391 der Prozeßordnung unglückseligerweise noch über die Zwischerkenntnisse im Beweisverfahren mehrfache Appellation zugelassen hat, so ist ein Ende des im Beweisverfahren liegenden Rechtsstreits kaum abzusehen. Vier bis sechs Zwischenverhandlungen eines im Beweisverfahren liegenden Prozesses sind nichts Seltenes, und da sie alle in öffentlicher Sitzung vorgenommen werden, so müssen sie sich nach der Reiche der darin vorkommenden Sachen richten, ist nun der Gerichtshof sehr beschäftigt, so kann die Ansetzung ihrer Tagfahrten leicht ein Vierteljahr anstehen, so daß der Rechtsstreit im Beweisverfahren ein Jahr lang schwebt, ohne daß nur gesagt werden kann, daß die Schuld dieser Verzögerung im Richter liege. Bedenkt man nun noch dazwischen vorkommende Versäumungserkenntnisse, und Wiederherstellungen dagegen, unterlaufende Gegenbeweise, welche nicht mit den Verhandlungen über den Hauptbeweis verknüpft werden können, so wäre es mir wenigstens hinsichtlich der Möglichkeit gar nicht bange dafür, einen im Beweisverfahren liegenden Rechtsstreit auf ganz gesetzliche Weise lange Jahre herum zu ziehen, und ein Anwalt, der sich dazu verstehen wollte, könnte recht bequem von einigen Prozessen leben und solche noch seinem Sohn vermachen. Man spottet über die Langsamkeit des frühern Verfahrens, bedenkt aber nicht, daß man vielleicht mehr Ursachen der Verzögerung in das neue Gesetz hineingetragen hat, als nur im alten lagen, und daß der Grund ihrer bis jetzt gegeringern Wirksamkeit weniger in den Vorschriften über das besondere Verfahren, als vielmehr neben der Thätigkeit der Richter und der Ehrenhaftigkeit unseres Advokatenstandes hauptsächlich nur in der so heilsamen Oeffentlichkeit liegt, wodurch Richter und Anwalt zur Erfüllung seiner Amtspflichten angespornt und Chikanen und rabulistischen Verschleifungen des Prozesses am besten und kräftigsten vorgebeugt wird.

Nichtsdestoweniger kann das jetzt schon als ein Hauptaugenmerk der Revision der Prozeßordnung (sollte sie einstens eintreten) bezeichnet werden, daß sie den vielfachen Zwischenverhandlungen des Beweisverfahrens entgegenarbeitet und den §. 391 der Prozeßordnung hinsichtlich der Appellation wegen verworfenen, sicherlich wenigstens wegen der zulässig erklärten Beweismittel aufhebt. Bei hiesigem Gerichtshof ist er zwar nur selten vorgekommen, aber Niemand kann gegen seinen häufigern Gebrauch, und für die daraus entstehende große Verzögerung des Rechtsstreits Bürgschaft leisten. Es muß überhaupt auffallen, wenn man gegen die Ursache der Beweise, gegen das Beweiserkenntniß, keine Appellation zuläßt, und nun solche für die Beweismittel und ihre Zulassung da einführt, wo solche doch nur die Folgen der inappellablen Ursache sind. Hinsichtlich der Beschränkung der vielfachen Zwischenverhandlungen des Beweisverfahrens ist aber vor allem zu wünschen, daß der ganze Abschnitt des Gesetzes über den Haupteid einer Radikalreform unterworfen werde. Der Vorbehalt der Eideszuschiebung neben andern Beweismitteln sollte um so eher wegfallen, als ja doch seine Zuschiebung neben andern Beweismitteln schon seiner Natur nach eventuell ist, und also alle durch ihn veranlaßten Verhandlungen besser eventuell mit den übrigen Beweismitteln zu verknüpfen sind, denn daß durch gänzlichen Vorbehalt, und erst spätere wirkliche Zuschiebung wieder neue Zwischenverhandlungen nöthig werden. Die Gewissensvertretung aber vor allem, diese unreine Schöpfung der chikanensen Gerichtspraxis des schriftlichen Verfahrens, die schon in dem alten Verfahren genug Anfechter fand, möge aus dem mündlichen öffentlichen Verfahren schwinden, denn sie ist es, die, zumahl bei dem Eidesvorbehalt, den am Ende der Beweisverhandlungen angelangten Prozeß abermals in den Anfang des Beweisverfahrens zurückführt, zu Chikanen aller Art veranlaßt, und eben doch am Ende in den meisten Fällen zu nichts führt, als zum Zurückkommen auf den Eid. Die Vorschriften der Prozeßordnung über den Eid sind ohnedies nicht am klarsten, und in Verbindung mit der Gewissensvertretung weiß man wahrlich kaum den Zeitpunkt des Rechtsstreits zu finden, wo die Annahme oder Zurückschiebung des Eides zu geschehen hat, und wo sie bindend ist. Die Einfachheit des Verfahrens nach den Bestimmungen des Landrechts über den Eid hat sehr verloren, die mannigfachen Processe und streitigen Ansichten über den Zeitpunkt der Eidesannahme, oder Zurückschiebung oder Zurücknahme, lassen die Rückkehr der Bestimmungen des Landrechts wünschen, wo der Eid wirklich das Ende alles Haders und nicht der Anfang des Haders ist, und bedenkt man noch, wie sehr die Einfachheit des Urkundenbeweises nach dem Landrecht durch den §. 444 der Prozeßordnung durch das wieder eingeführte juramentum difessionis, und durch den dabei zulässig erklärten Zeugenbeweis gelitten hat, so darf man wohl sagen, daß bei der in unserer Prozeßordnung beurkundeten

Digitized by Google

Vorliebe für die Institute des alten schriftlichen Beweisverfahrens übersehen worden ist, wie genau die einfachen Vorschriften des Landrechts über den eingeschränkten Zeugenbeweis, über den allein zulässig erklärten Beweis der Aechtheit einer Urkunde durch Kunstverständige, und über den Eid mit dem mündlichen Verfahren zusammenhängen und wie sie allein demselben den raschen und lebendigen Gang ertheilen, der vor allem nothwendig ist, wenn in Vereinfachung des Rechtsstreits es dem Richter möglich seyn soll, den Streit kennen zu lernen, und materiell richtig zu entscheiden. Diese alten Institute sind nur Hemmschuhe des lebendigen Fortgangs des Prozesses, durch die in ihnen liegenden Verwicklungen und Verzögerungen der Prozesse erschweren sie gerade die Auffassung des Rechtsstreits durch den Richter bei dem Enderkenntniß, und indem sie so die Verzögerung der Rechtspflege neben der Unsicherheit des Rechts erzeugen, sollten sie um so mehr über Bord geworfen werden, als die seit 1810 gesammelte Erfahrung auf das sprechendste bewiesen hat, daß die einfachen Vorschriften des Landrechts über das Beweisverfahren überall zur schnellen Gerechtigkeitspflege so sehr beigetragen haben, und doch auch dabei den vor allem zu entsprechenden Geboten der Rechtssicherheit vollständig Genüge geleistet worden ist. Will man aber an den Vorschriften der Prozeßordnung hängen bleiben, so kann man doch wenigstens der in die Augen fallenden Verzögerung der Gerechtigkeitspflege durch die vielen Zwischenverhandlungen damit vorbeugen, daß man solche, da ja doch die ihnen vorangehenden Beweiseinreden schriftlich sind, alsbald vom Gerichtshof natürlich mit Entscheidungsgründen ohne vorhergegangene mündliche Verhandlung schriftlich entscheiden läßt. In so fern solche nicht appellabel sind, können sie als einfache richterliche Decrete betrachtet werden, und wären die §§. 581, 1133 nicht in der Prozeßordnung, so würde diese schriftliche Entscheidung geschehen können, ohne daß man sagen dürfte, daß dadurch die Mündlichkeit des Verfahrens beeinträchtigt wäre. In dieser schriftlichen Entscheidung würde aber wenigstens die Zeit gewonnen, welche zur Ansetzung der Tagfahrt der mündlichen Verhandlung nöthig ist, und da die Entscheidung in der geheimen Sitzung des ganzen Gerichtshofs geschieht, so können dazu immer die Richter zugezogen werden, welche bei der Instruction des Rechtsstreits anwesend waren, so daß damit auch die materiell richtige Entscheidung der Sache nur gewinnen kann.

Bis zu der, wohl noch geraume Zeit anstehende Revision der Prozeßordnung hat sich aber hier ein Verfahren ausgebildet, welches wenigstens so viel wie möglich den vielfachen Zwischenverhandlungen und damit eintretenden Verzögerungen der Sachen vorbeugt. So wie nämlich Beweise angetreten sind, deren Erhebung vor dem Gerichtshof selbst geschieht, z. B. Urkunden und Eide, oder wo zwar auswärts zu erhebende Beweise angetreten sind, welche aber in Folge erhobener Einreden voraussichtlich als unzulässig verworfen werden, z. B. Zeugen, so wird je nach Umständen Tagfahrt zur Verhandlung für die Beweiseinreden, zur Production der Urkunden, Feststellung der Eidesformel, und eventuell zur Beweisanfechtung und Ausführung anberaumt. Je nach Lage des Falls wird nun auch über alles dieses verhandelt, es werden die Urkunden producirt, es wird die Eidesformel festgestellt, und nach der in einer und derselben Tagfahrt vor sich gegangenen Beweisanfechtung und Ausführung wird alsbald das Definitiverkenntniß erlassen, wozu man sonst in wörtlicher Einhaltung der Prozeßordnung drei bis vier Tagfahrten nöthig gehabt hätte. Dieses Verfahren widerspricht aber keineswegs den Vorschriften der Prozeßordnung, ist vielmehr dem Geist derselben, als Benutzung der in der Prozeßordnung liegenden Eventualmaxime, ganz angemessen, und wenn es auch nur als ein in manchen Fällen nicht ausreichendes Palliativmittel erscheint, so ist es doch als solches zur Beförderung der Justiz um so empfehlenswerther, als es eben durch schnellere Entscheidung der Rechtsstreite mehr den Geboten der Rechtssicherheit entspricht, als wenn man alle vier Zwischenverhandlungen im Zeitraume eines Jahrs vornimmt, und so nur durch die Masse der Erzählung der Prozeßgeschichte dem Anwalt die Klarheit seines Vortrags erschwert, und damit den mit der Sache selbst bis auf den Respicienten unbekannten Richtern die Kenntniß des Falls, das erste Gebot des richtigen Urtheils, trübt und schwächt. Sander.

II.

Oberhofgericht.

Eine Competenzfrage aus dem Gesetze über die Aufhebung der Herrenfrohnden.

(Nachtrag zu dem Aufsatze II. in Nr. 30 der Annalen von 1835.)

In Folge der beklagterseits eingewandten Oberberufung fällte der höchste Gerichtshof in der öffentlichen Sitzung vom 22. Nov. 1836 folgendes Erkenntniß:

„daß, unter Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils, das großherzogliche Hofgericht anzuweisen sei, über die Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden ꝛc.“

Entscheidungsgründe:

In Erwägung,

1) daß die Herrenfrohnden durch das Gesetz vom 28. Dez. 1831 aufgehoben sind, und daß dieses auch von den

Digitized by Google

darauf haftenden Gegenleistungen gilt, wie aus der Natur der Sache und aus dem Inhalt des ersten Absatzes des Artikels 2, dann der Artikel 16 und 19 des Gesetzes erhellt;

2) daß über die Festsetzung des Ablösungscapitals ein Verfahren vor den Administrativbehörden Statt findet, und daß ein Austrag vor den Gerichten wegen Vorfragen zu dieser Festsetzung nur in so fern eintritt, als über das Maß der Berechtigung zu Frohnden, Frohndsurrogaten und Gegenleistungen oder über die Berechtigung selbst oder über die Anwendung des Artikels 15 hinsichtlich der in früheren Zeiten in Geldabgaben verwandelten Frohnden gestritten wird;

3) daß aber kein Gesetz besteht, welches dem Frohndberechtigten eine Zwangspflicht auflegte, die Entschädigungsgeansprüche, welche das Gesetz ihm gibt, wirklich zu erheben, daß somit auch von seinem Willen abhängt, von der weitern Verfolgung der etwa vor einer Administrativbehörde bereits erhobenen Ansprüche abzustehen, geschähe dies nun aus der Ueberzeugung, daß bei der Größe des Werths der auf dem Frohndrechte haftenden Gegenleistungen nach Artikel 2 des Gesetzes kein Ablösungscapital übrig bliebe und er daher eine Entschädigung nicht zu hoffen habe, oder aus irgend einem anderen Grunde;

In Anbetracht

4) daß die Grundherrschaft von Gemmingen Guttenberg mit der vorliegenden Klage keineswegs einen derartigen Entschädigungsanspruch geltend macht, der allerdings vor die Verwaltungsstelle gehören würde; daß auch von Vorfragen zum Zwecke dieser Ablösung nicht die Rede ist, wo die Gerichte nur für die im Artikel 16 bestimmten Streitpunkte zuständig wären, sondern daß die Grundherrschaft hier lediglich das gleichzeitige Aufhören der auf ihrer Frohnberechtigung haftenden Gegenleistungen mit diesen Frohnden in Anspruch nimmt, zu diesem Ende das oberste Princip des Gesetzes vom 28. December 1831 anruft, und die Thatsache behauptet, daß diejenigen Lasten, deren Aufhören sie verlangt, wirklich Gegenleistungen für ihre Frohndgerechtigkeit seien;

5) daß nun die Entscheidung über solche Streitfragen, in Anwendung des Gesetzes vom 28. December 1831, bei welchen es sich überall um keine Ausmittlung des Ablösungscapitals handelt, nirgends den Administrativbehörden zugewiesen ist, und daß sie folglich den Gerichten bleibt, §. 2 der Prozeßordnung;

6) daß es also mit Unrecht geschah, wenn daß großherzogl. Hofgericht den Bescheid des Bezirksamts Mosbach wegen Mangels der Zuständigkeit des Civilrichters aufhob und daß hiernach dieser Gerichtshof zweiter Instanz, dem §. 1223 der Prozeßordnung gemäß, in der Hauptsache selbst hätte erkennen sollen, da im ersten Rechtszug ein Endurtheil ergangen war;

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Obiger Anweisung zufolge hat nun das großherzogl. Hofgericht über die Hauptsache selbst verhandelt und durch Urtheil vom 25. Februar d. J. abändernd zu Recht erkannt:

„daß die Klägerin, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen, mit der angestellten Entlastungs- und Ersatzklage lediglich abzuweisen sei.“

Dieses Urtheil ist zunächst motivirt durch das Mißlingen des in Folge unterrichterlicher Auflage von der Grundherrschaft versuchten Beweises, welcher ihr unstreitig obgelegen war. Zur Widerlegung der oberhofgerichtlichen Ansicht ist indessen am Schlusse der Entscheidungsgründe noch gesagt:

„In Erwägung endlich, daß aber auch selbst dann, wenn der Klaggrund erwiesen wäre, nicht nach dem Begehren der Klägerin erkannt, sondern in Gemäßheit des Gesetzes über die Aufhebung der Herrenfrohnden von dem Civilrichter nur ausgesprochen werden dürfte, daß die fragliche Holzabgabe als eine Gegenleistung für die den Beklagten vordem obgelegenen Frohndienste anzusehen sei, weil es keineswegs in die Willkühr des Frohndberechtigten gestellt ist, jenes Gesetz und daß hierin vorgeschriebene Verfahren durch Anstellung einer Negatorienklage zu umgehen, deren Grund lediglich und allein in der Aufhebung der Herrenfrohnden beruht;

„In Erwägung, daß folglich das diesseitige Urtheil vom 6. Juni 1835 allerdings dem Gesetze angemessen ist, weil bis jetzt die Natur der fraglichen Holzabgabe als Gegenleistung für Frohnddienste vor dem Administrativrichter weder bestritten, noch die desfallsige Streitfrage von demselben zum Austrag vor dem Civilrichter verwiesen worden war;

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc. Bayer.

III.

Entscheidung der zwei Kompetenzkonflikte in Nr. 47 der Annalen 1835, und Nr. 17 des laufenden Jahrgangs.

Im ersten Fall kam es gar nicht zur wirklichen Entscheidung des Kompetenzkonflikts, indem das Kriegsministerium nach Mittheilung des Falls selbst der Meinung des Commandos des ersten Dragonerregiments nicht beitrat, sondern aussprach, daß dasselbe allerdings in Wildschadensersatzklagen den Requisitionen des Civilrichters auf Vollzug der gegen Militärs ergangenen Urtheile zu entsprechen habe. Im andern Fall aber hat das Staatsministerium nach der Ansicht des Hofgerichts Rastatt, und des Stadtamts Karlsruhe gegen jene des Kriegsministeriums entschieden, daß der hier obschwebende Streit über die Fortdauer eines Vertragsverhältnisses zwischen Civilpersonen, wenn schon dessen Gegenstand eine militärische Pension sei, vor die Civilgerichte gehöre. Die Gründe beider Entscheidungen waren im Wesentlichen die gleichen mit jenen, welche schon in obigen Aufsätzen enthalten sind. Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 33. Karlsruhe den 19. August 1837.

I.

Bemerkungen zu dem Aufsatz über den Ehescheidungsgrund der Herzenshärtigkeit nach L. R. S. 231, 310; in Nr. 41, 42 IV. der Annalen.

Abermals ist es in obigem Aufsatz versucht worden, den bei uns überall angenommenen und nur verschieden durchgeführten Ehescheidungsgrund wegen der aus beharrlicher Weigerung der Ehepflichten gefolgerten harten Mißhandlung oder groben Verunglimpfung zu bekämpfen, und nachdem man gezwungen war, sogar einen dahin gehenden Ausspruch eines französischen Gerichtshofs anzuführen, ist man eben am Ende mit allem allerdings anzuerkennenden Aufwand von Scharfsinn doch nicht weiter gekommen, als zu dem Satz, daß eine beharrliche Weigerung der Ehepflichten nach Umständen eine harte Mißhandlung, folgeweise eine Ehescheidungsklage begründen könne. Alsdann ist aber aus der mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidung lediglich nichts anderes zu schöpfen, als daß man dort nach den Umständen des Falls den Ehescheidungsgrund der harten Mißhandlung nicht annahm, und da sich sonach die ganze Sache mehr um thatsächliche Verhältnisse dreht, so wäre es gar nicht nöthig, darüber das Wort zu ergreifen, wenn nicht in dem Aufsatz überhaupt eine Bekämpfung des fraglichen Ehescheidungsgrundes zu erkennen, und aus der Nachweisung, daß aus dem L. R. S. 310 nichts für den Ehescheidungsgrund der beharrlichen Weigerung der ehelichen Pflichten folge, nicht zu befürchten wäre, daß man unter keinerlei Betrachtung der Umstände jede darauf gegründete Ehescheidungsklage verwirft, und den fraglichen Scheidungsgrund gar nicht mehr anerkennt.

Um dieser fürwahr üblen Folge des Aufsatzes entgegen zu arbeiten, und um mit Erfolg einen seit 1810 in unserm Lande allgemein angenommenen und eingeführten Rechtszustand zu vertheidigen, wird man nun zuvörderst über die Frage einig seyn müssen, ob man überhaupt, nach dem Stande unserer Gesetzgebung über die Ehe, die polizeilichen Zwangsmittel zur Erfüllung der Ehepflichten gegen den sich derselben weigernden Ehegatten zuläßt, denn auf die Zulässigkeit und wirkliche Anwendung dieser Zwangsmittel ist der betreffende Ehescheidungsgrund thatsächlich begründet, und wird diese geläugnet, so ist es vergebliche Mühe, über die Folgen der Zwangsmittel zu streiten. Es ist mir aber durch nichts in dem obigen Aufsatz auch nur angedeutet, daß mein verehrter Freund diese Vorfrage zu verneinen gesonnen ist, und wenn man das erste Einführungsedikt §. 18, den L. R. S. 311 n. und den §. 3, 27 der Eheordnung zusammenstellt, so kann man es auch mit Grund nicht bezweifeln, daß die nicht in den §§. 43, 44 der Eheordnung, sondern im §. 27 eingeführten polizeilichen Zwangsmaßregeln gegen die Uebertretungen der ehelichen Pflichten der §§. 24, 25, 26 allerdings noch gesetzlich zulässig und anwendbar sind. Ist sonach diese auch überall anerkannte Zulässigkeit wohl begründet, so kann man über ihre Folgen allerdings vielfachen Streit erregen, allein eine Folge (und man muß bei Erörterung des fraglichen Ehescheidungsgrundes auch darüber einig seyn) wird mir mein verehrter Freund, und Jeder zugeben, nämlich die, daß nach erschöpften polizeilichen Zwangsmaßregeln gegen den der Erfüllung seiner ehelichen Pflichten sich beharrlich weigernden, insbesondere des ehelichen Zusammenwohnens sich entschlagenden Ehegatten nichts mehr zu unternehmen und die faciſch und eigenmächtig bestehende Trennung der Eheleute vom Ehrichter als eine nicht zu ändernde Thatsache anzuerkennen ist. Steht dieses fest, so steht es auch fest, daß einer der Ehegatten auf eine nicht zu entschuldigende Weise die Ursache dieser faktischen Ehetrennung ist, denn da der Richter auf Andringen, mindestens unter dem Einverständniß des andern Ehegatten, gegen den der Fortsetzung der Ehe sich weigernden Ehetheil die polizeilichen Zwangsmittel verkehrt, so will also der eine Gatte die Ehe fortsetzen, der andere aber nicht, und da nun der Letztere keine solche Gründe hat, welche ihn dazu vor dem Richter berechtigten, d. h. welche eine von ihm anzustellende Ehescheidungs- oder Trennungsklage in

Digitized by Google

Rechten begründeten, so muß seine Weigerung der Ehefortsetzung als eine schlechthin widerrechtliche betrachtet werden, weil über die eine Ehescheidung oder Trennung darreichenden Ursachen hinaus in Rechten nichts gedacht werden kann, was eine auch nur einseitige Ehetrennung rechtlich begründen könnte.

Es fragt sich nun, ob unsere Gesetzgebung, welche durch die in der Eheordnung eingeführte, und neben dem Landrecht aufrecht erhaltene Polizeilichkeit der Ehesachen genugsam zu verstehen gegeben hat, daß sie die Ehe mit allen ihren vorkommenden Erscheinungen nicht allein als einen bloßen privatrechtlichen Vertrag, sondern auch als ein, das allgemeine Staatswohl sehr nahe angehendes, und in der Begründung der Familien den Staat selbst begründendes, demnach auch das Einschreiten der polizeilichen Staatsgewalt zulassendes Rechtsverhältniß betrachtet wissen will, es fragt sich, ob unsere Gesetzgebung dabei sich beruhigen konnte, daß ein Ehegatte gegen den Willen und die Einstimmung des andern durch eine eigenmächtige, unrechtmäßige Handlung eine Ehetrennung in der Art herbeiführen kann, daß dem die Ehefortsetzung verlangenden Ehetheil gar keine Hülfe des Gesetzes und des Rechts zur friedlichen Ehefortsetzung gewährt werden könnte. Da aber die Gesetzgebung im §. 27 der Eheordnung schon anerkannt hatte, daß der persönliche Zwang zur Erfüllung der Ehepflichten nur ein gewisses Maß erreichen dürfe, so war sie wohl nach Erschöpfung dieses Maßes aufgefordert, mit einer richterlich auszusprechenden Ehetrennung einzuschreiten, indem man darüber keinen Zweifel haben kann, daß in einem geordneten Rechtszustande eigenmächtige, und dadurch widerrechtliche, Eheauflösungen und faktische Ehetrennungen nicht gebilligt werden dürfen. Allerdings hätte die Gesetzgebung mit einem alsdann eingeführten bestimmten Ehescheidungsgrund einschreiten können, und auch sollen, allein wenn sie dieses nicht ausdrücklich that, sondern wenn vielmehr das damals wenigstens mit der Gesetzgebung und ihrem Standpunkt vertraute Justizministerium in einer eigenen Belehrung dem Richter einen Fingerzeig zur Untersuchung gab, ob nicht dieses Verhältniß unter dem neuen Ehescheidungsgrund der groben Verunglimpfung oder harten Mißhandlung liege, so mußte der Richter damals und jetzt noch diese Untersuchung um so mehr vornehmen, als er bei diesen jeder festen Bestimmung ermangelnden, also seinem Ermessen unterliegenden Ehescheidungsgründen dazu auch ohne die Verordnung vom Jahr 1812 ermächtigt war.

Es frägt sich sonach: läßt sich das thatsächliche Verhältniß der hartnäckigen Weigerung der ehelichen Pflichten dem Ehescheidungsgrund der harten Mißhandlung oder groben Verunglimpfung unterstellen? Und diese Frage ist schlechthin zu bejahen.

Vor allem ist hierbei in die Augen zu fassen, daß die Ehescheidungsgründe der harten Mißhandlung oder groben Verunglimpfung keinen festen, in gewisse Thatsachen eingegränzten Begriff besitzen, und wenn es nicht zu verkennen ist, daß man meistentheils unter der harten Mißhandlung körperliche Schläge, und unter der groben Verunglimpfung wörtliche Beleidigungen verstehen wird, so ist doch schon in letzter Beziehung nicht zu bestreiten, daß auch ehrenkränkende Handlungen, sogenannte symbolische Injurien, darunter zu verstehen sind, und daß es also auch in ersterer Beziehung thatsächliche Vorkommenheiten unter den Eheleuten geben wird, welche ohne irgend eine körperliche Berührung als eine härtere Mißhandlung zu erkennen sind, denn eine Tracht Schläge. Es wird dieses auch in dem obigen Aufsatz schlechthin zugegeben, und die Ehre und Gefühl verletzende Handlungsweise eines Ehegatten gegen den andern als eine harte Mißhandlung anerkannt. Allein dabei ist nicht stehen zu bleiben, und wenn man daher weiters behauptet, daß nicht nur die Ehre und Gefühl verletzenden Handlungen, sondern auch jene Handlungsweise, wodurch man seine eigenen heiligsten Pflichten gegen einen Andern verletzt, und dessen gewisseste und wichtigste Rechte mit Füßen tritt, nicht mit Unrecht eine harte Mißhandlung desselben genannt werden muß, so wird man in Nachweisung dessen, daß bei der hartnäckigen Weigerung der Ehepflichten solche heilige Pflichten und wichtige Rechte auf eine widerrechtliche Weise und zwar überall verletzt werden, auch nachgewiesen haben, daß die hartnäckige Weigerung der Ehepflichten allerdings eine harte Mißhandlung des andern Ehegatten ist.

Betrachten wir nun das thatsächliche Verhältniß der hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Pflichten, so haben wir schon gesehen, daß es darin besteht, daß ein Ehetheil die Fortsetzung der Ehe verlangt, der andere aber nach fruchtlos gegen ihn angewendeten Beugungsmitteln sich dessen weigert, und somit eine factische, nicht mehr zu ändernde Ehetrennung durch ein Auseinanderleben der Ehegatten einführt. Die Ursache, und zwar die überall und schlechthin widerrechtliche Ursache, liegt aber einzig und allein in dem die Ehefortsetzung verweigernden Ehegatten, und wenn es auch gar nicht zu verkennen ist, daß er dazu Gründe, und zwar Gründe der Unzufriedenheit mit dem andern Ehetheil hatte, so kann darauf bei Erwägung der Rechtmäßigkeit seines Benehmens deshalb kein Gewicht gelegt werden, weil er entweder in der Nichtanstellung einer Ehescheidungsklage selbst anerkennt, daß die Gründe seiner Unzufriedenheit mit dem andern Ehetheil nicht zu einer rechtlichen Ehescheidung ausreichen,

Digitized by Google

oder aber, weil es in der schon vorausgegangenen Verwerfung seiner angestellten Ehescheidungsklage schon rechtskräftig entschieden ist, daß in den Gründen seiner Unzufriedenheit mit dem anderen Ehetheil kein rechtlicher Grund zur Ehetrennung liegt. Bleibt sonach die Ursache der eigenmächtigen, factisch bestehenden Ehetrennung schlechthin als eine widerrechtliche auf dem weigernden Ehetheil liegen, so hat man daher die gleichfalls als Unrecht demselben zur Last liegenden Folgen dieser Ehetrennung zu untersuchen, und betrachtet man nun die in den §§. 24, 25, 26 der Eheordnung entwickelten Ehepflichten, bedenkt man die gegenseitigen Pflichten der Hülfe des Beistands, der Pflege in gesunden und kranken Tagen, der Erziehung der Kinder, erwägt man die Pflicht des Schutzes der Frau durch den Mann, die Pflicht der sorgsamen Haushaltung für die Frau, so wird man ohne allen Anstand bei dem heiligen Institut der christlichen Ehe, bei dem so tief liegenden Sinn der deutschen Völkerstämme für Häuslichkeit und Familienleben, sagen dürfen, daß die Ehepflichten unter die heiligsten Pflichten des Menschen gehören, daß sie als gegenseitig zugleich die heiligsten und wichtigsten Rechte des andern Ehetheils enthalten und daß ihre in der eigenmächtigen, widerrechtlichen Ehetrennung liegende gänzlich geschehende Verletzung und Mißachtung eine um so härtere Mißhandlung ist, als der darunter leidende, die Fortsetzung der Ehe verlangende Ehetheil wegen Erschöpfung des polizeilichen Zwangs nicht mehr in seinem ganzen Leben zur Fortsetzung einer Ehe gelangen, und so aus der alleinigen unrechten Handlung des andern Ehetheils factisch ehelos, scheinrechtlich ehelich leben, und in seinem Vermögen, Gewerbe, Leib, Geist und Gemüth da verkümmern muß, wo er durch Eingehung einer Ehe bewiesen hat, daß er die Ehe zur Erreichung seiner Bestimmung als Mensch und Bürger überhaupt für nöthig erachtet. Necare videtur, qui alimonia denegat, ist ein alter wahrer Spruch, wenn man aber an die frühern oder spätern, jedenfalls unausbleiblichen, Folgen solcher factisch aufgelösten Ehe denkt, wenn man bedenkt, wie die unter Aufhebung des Hauswesens vom Mann verlassene Ehefrau in fremde Dienste als Magd gehen muß, wie der von der Ehefrau verlassene Mann sich zur Besorgung seines Hauswesens fremder Leute bedienen, die Erziehung der Kinder dem Gesinde anvertrauen und sich in kranken Tagen von theilnahmlosen Dienstboten pflegen lassen muß, so ist die Herbeiführung dieses unausbleiblichen heillosen Zustandes die härteste Mißhandlung von allen gedenkbaren zu nennen, und verzweifeln müßte man an Natur und Recht, wenn man annehmen sollte, daß zwar der in der Hitze des Zorns gegebene Schlag eine die Ehescheidung begründende harte Mißhandlung, die eigenmächtige, widerrechtliche Herbeiführung eines solchen fortdauernden, Körper, Geist und Gemüth auf das härteste peinigenden Zustandes aber keine harte Mißhandlung, sondern eben eine Vorkommenheit sei, über welche man sich hinwegzusetzen habe, wenn man nach fruchtloser Einsperrung des diesen Zustand herbeiführenden Ehetheils sich überzeugt hat, daß ihm die von der Natur und der Religion auferlegten Pflichten eines Ehegatten gleichgültig, und die im Bande der Ehe enthaltenen heiligen Rechte des andern Ehetheils verhaßt sind. Man wird zwar sagen wollen, so arg werde es nicht überall seyn, aber gewiß, jede factisch getrennte Ehe ist in der nicht mehr zu verhindernden Fortdauer des Getrenntseyns etwas Arges, etwas Heilloses, und will man zuwarten, bis der unschuldige Ehetheil krank wird und alsdann über den Mangel an Pflege in seinen kranken Tagen, und die darin liegende harte Mißhandlung klagen kann, so möchte die Abhülfe dieses Zustandes oft zu spät kommen. Wie es scheint verkennt man dieses nicht, und will deshalb, wenn ein Ehegatte aus reinem Muthwillen sich vom andern getrennt hat, in der hartnäckigen Weigerung der ehelichen Pflichten eine harte Mißhandlung annehmen; allein man muß darauf beharren, daß der die factische Ehetrennung herbeiführende Ehegatte dieses eben in seiner Eigenmächtigkeit, ganz ohne irgend einen rechtlichen Grund, thut, und alsdann muß er immer als jener betrachtet werden, der aus Eigensinn oder Muthwillen, jedenfalls auf eine widerrechtliche Weise, sich seiner Pflichten gegen den andern Ehetheil eigenmächtig entledigt. Und wenn man es weiters versucht hat, das Gewicht der in der factischen Ehetrennung liegenden schlimmen Folgen zu schwächen, und die auf dem weigernden Ehetheil bleibende Widerrechtlichkeit der Erzeugung dieses Zustandes damit zu vermindern, daß man sagt, der weigernde Ehetheil begebe sich ja in der von ihm herbeigeführten eigenmächtigen Ehetrennung ebenfalls der Vortheile einer friedlichen Ehe, und leide also mit dem andern Ehegatten ganz an den gleichen schlimmen Folgen, so kann darauf lediglich kein Gewicht gelegt werden, denn Jener, der einem Andern gegen dessen Willen ein Unrecht anthut, kann fürwahr dieses Unrecht nicht damit vermindern, daß er ihn damit tröstet: siehe, ich thue mir selbst das gleiche Unrecht an, Volenti, non fit injuria, und wer einem Andern gegen dessen Willen eine Hand abhaut, wird sich gewiß seine Frevelthat damit vor dem Richter nicht erleichtern, daß er ihm sagt: siehe, ich habe mir auch meine Hand abgehauen. Ja, wenn es etwa noch Reue, Selbsterkenntniß des dem Andern angethanen Unrechts wäre, aber der weigernde Ehetheil übernimmt nicht aus Reue und Selbsterkenntniß seines Unrechts die schlimmen Folgen der Ehetrennung, denn sonst würde er sich wieder mit dem andern Gatten vereinigen, sondern er

Digitized by Google

trägt die schlimmen Folgen der eigenmächtigen Eheauflösung, weil er muß, weil er ihnen als nothwendige Folge der Ehetrennung gar nicht ausweichen kann. Des Menschen Wille ist sein Himmelreich, und der Ehegatte, der irgend etwas Schlimmes aus seinem Willen, aus seiner Handlung trägt, wird es leichter tragen, als jener, dem er das, wenn schon äußerlich gleiche Schlimme gegen dessen Willen, aus Haß oder Verachtung, oder aber, wie hier meistens der Fall ist, zur Erreichung des ihm allein bleibenden Vortheils zufügt, daß er mit dem andern Ehetheil nicht fürder zu leben braucht, mit dem er nicht mehr zusammen leben will.

Wenn wir aber bedenken, daß in dem geringfügigsten Vertrag des bürgerlichen Rechts der eigenmächtige, rechtswidrige Vertragsbruch nicht geduldet wird, sondern derselbe in den auf ein Geben gerichteten Verträgen einen Zwang auf Erfüllung, oder bei persönlichen Leistungen überall eine Auflösung des Vertrags vor dem Richter bedingt und mit sich führt, so wäre es zum mindesten eine mit nichts zu rechtfertigende Sonderbarkeit unseres Rechtszustandes zu nennen, daß in dem wichtigsten, den ganzen Bestand der Familien, und somit den Staat bedingenden, noch dazu unter den Schutz der Religion gestellten Vertrag der Ehe unerlaubte Selbsthülfe und widerrechtlicher Vertragsbruch geduldet und geschützt und dagegen weder ein allerdings nicht ausreichender Zwang zur Erfüllung, noch eine endliche Auflösung des Vertrags zulässig wäre. Die Gesetzgebung, welche sich dieser Anomalie schuldig, der Richter, der sich ihrer theilhaftig machen würde, wären der Mißachtung, der Verletzung des ersten Grundsatzes eines geordneten Rechtszustandes im Staat, Verbot willkührlicher Eigenmacht und unerlaubter Selbsthülfe, zu zeihen und könnten sich um so weniger durch die Lehren der Religion vertheidigt sehen, als darin die in der factischen Ehetrennung überall liegende böswillige Verlassung des Ehegatten zu einem der ersten Ehescheidungsgründe erhoben ist. In Anbetracht alles dessen ist daher die Verordnung vom 4. Nov. 1812 eine mit den ersten Grundsätzen des Rechts zusammenstimmende, und durch die Lehren der Religion bekräftigte zu nennen, und deshalb vom Richter um so mehr zu befolgen, als sie den nothwendigen Schlußstein des bei uns bis zu einem gewissen Maß bestehenden polizeilichen Zwangs zur Erfüllung der Ehepflichten ist, weil sonst andernfalls die nicht eine Eheauflösung, sondern nur eine factische Ehetrennung herbeiführende polizeiliche Einsperrung des weigernden Ehetheils in ihrer Fruchtlosigkeit und Vergeblichkeit nur eine zwecklose Mißhandlung des weigernden Ehegatten durch die kraftlose Staatsgewalt wäre. Uebrigens ist der Ehescheidungsgrund der groben Verunglimpfung bei der hartnäckigen Weigerung der ehelichen Pflichten durch die Verordnung vom Jahr 1812 keineswegs ausgeschlossen, indem sie im §. 6 dem Richter gleichmäßig aufgibt, zu ermessen, ob nicht diese Weigerung in den Ehescheidungsgrund der harten Mißhandlung oder groben Verunglimpfung ausartet und die, in dem obigen Aufsatz zugegebenen, einen Ehescheidungsgrund aus der hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Pflichten begründenden, die Ehre verletzenden Handlungen werden wohl eher eine grobe Verunglimpfung, denn eine harte Mißhandlung enthalten und darstellen. Wie sehr die Verordnung vom Jahr 1812 übrigens auch in dieser Beziehung aus dem Leben gegriffen ist, hat ein dahier vorgekommener Fall bewiesen, wo eine Frau auf den Grund der Impotenz des Mannes eine Ehescheidungsklage anstellte, und nach ihrer Verwerfung nicht zum Ehemann zurückkehrte, sondern bei den fruchtlos angewendeten Beugungsmitteln immer erklärte: sie kehre nicht zu ihrem Ehemann zurück, er könne nichts! Nicht sowohl in der Folge der Weigerung der ehelichen Pflichten, als vielmehr in der beharrlich fortgesetzten und erklärten Ursache der Weigerung konnte man hier, wie auch geschehen, sehr wohl eine grobe Verunglimpfung des Ehemannes, als Mann, ersehen und aussprechen.

Es wird nun in obigem Aufsatz untersucht, ob nicht die Ehescheidung aus Herzenshärtigkeit auf den L. R. S. 310 begründet werden könne, und dieses mit Recht verneint. Allein man hat darauf nicht viel Gewicht zu legen, weil man diese ganze Untersuchung damit umgehen kann, daß man die betreffende Ehescheidung nicht auf den L. R. S. 310 begründet, und sie dann als eine unter uns Rechtsgelehrten nicht seltene Kriegslist, oder, wenn man lieber will, dialectische Kunst betrachten könnte, wo man bei Bestreitung eines Satzes unterstellt, daß er auf eine andere damit verwandte Rechtsvorkommenheit gestützt wird, und wo man nun in allerdings richtiger Widerlegung der daraus abgeleiteten Gründe den bestrittenen Rechtssatz selbst zu widerlegen scheint, dabei aber übersieht, daß die widerlegte Rechtsvorkommenheit gar nicht zur Begründung des bestrittenen Rechtssatzes dient. Die Ehescheidung wegen beharrlicher Verweigerung der ehelichen Pflichten und der Fall des L. R. S. 310 sind in allem von einander verschieden. Die erstere geht von dem Fall aus, wo aus der hartnäckigen Weigerung der Ehepflichten der bestimmte Ehescheidungsgrund der harten Mißhandlung entspringt, und wo auf diesen Grund hin der unschuldige Ehetheil gegen den schuldigen alsbald eine Klage auf Ehescheidung anstellt, und sie gerade so durchzuführen beabsichtigt, als wie jede andere Scheidungsklage aus bestimmten Ursachen. Der L. R. S. 310 geht dagegen von dem Fall aus, wo ein Ehegatte schon vor drei Jahren aus einer

Digitized by Google

bestimmten Ursache, nach L. R. S. 306, anstatt einer das Band der Ehe auflösenden Scheidungsklage nur eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett angestellt, und solche auch gegen den andern Gatten als schuldigen Theil erwirkt hat, und wo nun dieser schuldige Theil, abgesehen von der Ursache des Ehebruchs, nach drei Jahren das Recht erhält, die seither bestandene Trennung von Tisch und Bett durch eine darauf begründete Klage entweder in eine Wiedervereinigung oder in eine das Band der Ehe auflösende Scheidung zu verwandeln, welch letzterer der jetzt beklagte Ehetheil gar nicht anders ausweichen kann, als eben durch sein Anerbieten zur Wiedervereinigung. Man hat es zwar zu bestreiten gesucht, daß der L. R. S. 310 in diesem Sinn, d. h. zum Vortheil des schuldig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten, zu verstehen seie, und darin nur eine Begünstigung des Eheinstitus gesucht. Allein zur Begünstigung des Eheinstituts dient nicht nur der L. R. S. 310, sondern jeder Satz des Gesetzbuches über die Ehe, weil dieses ja gerade der Zweck des Gesetzes ist, und daß der L. R. S. 310 zum Vortheil des schuldig getrennten Ehetheils eingeführt, in seiner Folge aber erst durch Vermöglichung einer neuen Ehe eine Begünstigung des Eheinstituts ist, läßt sich eigentlich gar nicht bestreiten, weil sich im ganzen Code Napoleon nicht leicht ein in der Geschichte seiner Entstehung unzweifelhafter seinen Zweck darreichender Satz auffinden läßt, als gerade der L. R. S. 310. Alle französischen Rechtslehrer, die Discussionen des Code Napoleon, insbesondere Locre IV. S. 486 weisen übereinstimmend nach, daß die Trennung von Tisch und Bett nach S. 306 deshalb eingeführt wurde, um Jenem, dem sein Glaube an die Vorschriften der Religion die Auflösung des Ehebands verbietet, den Ausweg der alsdann mit seinem Glauben vereinbaren, das Band der Ehe nicht auflösenden, Trennung von Tisch und Bett zu lassen. Wenn aber der andere, diesen Glauben nicht besitzende Ehetheil in der Klage auf Trennung von Tisch und Bett unterliegt, so wird er gegen seinen Glauben bei dem Fortbestand des Ehebands und bei der doch bestehenden vollständigen Trennung der Eheleute durch den Glauben des andern Ehetheils zu einer factischen fortwährenden Ehelosigkeit gezwungen, und um wiederum diesem, um der darin liegenden Beschränkung der Glaubensfreiheit für den eigentlich schuldigen Ehetheil auszuweichen, ward ihm nach L. R. S. 310 das Recht ertheilt, entweder die Wiedervereinigung, oder aber die wirkliche Scheidung des Ehebands selbst, und somit die nach seinem Glauben erlaubte Eingehung in eine neue Ehe einzuführen und möglich zu machen. Ainsi — sprach Treilhard bei Vorlage des Artikels 310 an das Corps legislatif — nulle gêne dans l'opinion, et toute liberté à cet égard est maintenue. Bei dieser thatsächlich und rechtlich ganz verschiedenen Stellung einer Ehescheidung aus einer bestimmten Ursache, gegen die aus dem L. R. S. 310, wird es um so weniger gestattet seyn, etwas aus der letztern für die Scheidung wegen hartnäckiger Weigerung der Ehepflichten als einer harten Mißhandlung anzuführen, als ja gerade nach L. R. S. 306 auch in einem solchen Fall gegen den weigernden Ehegatten nur die Trennung von Tisch und Bett erlangt werden kann, welcher dann ebenfalls nach drei Jahren die Scheidungsklage anstellen und also als Kläger auftreten darf, nachdem er vorhin als Beklagter unterlegen ist. Da, wo es sich aber, wie hier, um die Begründung der ersten Klage gegen den weigernden Ehegatten handelt, kann dieser gewiß nichts aus seinem, erst drei Jahre später entstehenden Klagrecht folgern, was nur auf Glaubensfreiheit und Schutz vor Gewissenszwang begründet ist. Uebrigens ist es mehr als zweifelhaft, ob überhaupt nur die Sätze des Landrechts über Trennung von Tisch und Bett gegenüber den Vorschriften der Eheordnung noch gelten.

Man hat zwar, wie es scheint, hinsichtlich der Herüberziehung des L. R. S. 310 das Hauptgewicht auf die darin vorkommende Wiedervereinigung gelegt, und daraus eine Unterstellung des Gesetzgebers entnommen, daß noch nach drei Jahren einer Ehetrennung die Wiedervereinigung der Eheleute Statt finden könne, und derselben also auch bei der Scheidung aus hartnäckiger Weigerung der Ehepflichten Raum zu lassen seie. Allein abgesehen davon, daß alsdann der Streit nicht mehr um die Zulässigkeit des betreffenden Scheidungsgrundes im Allgemeinen, sondern nur um die alsbaldige Zulassung der darauf gegründeten Klage nach Erschöpfung der Beugungsmittel, oder nach Verfluß von drei Jahren sich dreht, so wird sich nachweisen lassen, daß auf die Erwähnung einer Wiedervereinigung im L. R. S. 310 die obige Unterstellung nicht zu bauen und also daraus nichts zu entnehmen ist. Der Gesetzgeber hält im L. R. S. 310 die Wiedervereinigung weder für wahrscheinlich noch für unwahrscheinlich, sondern, da nach L. R. S. 239 bei jeder Ehescheidungsklage ein Vereinigungsversuch gemacht werden soll, welcher in seinem Gelingen begreiflicherweise die Scheidungsklage aufhebt, so ist die im L. R. S. 310 erwähnte Wiedervereinigung nichts weiter, als der Vereinigungsversuch des L. R. S. 239, welcher in seinem Gelingen die Scheidungsklage des L. R. S. 310 so gut aufhebt, als irgend eine aus dem L. R. S. 231. Ja, da der Richter bei den aus dem L. R. S. 231 entnommenen, dem L. R. S. 310 unterliegenden Scheidungsgründen nach L. R. S. 239 das Recht hat, anstatt der alsbaldigen Scheidung eine zeitliche Trennung von einem Jahr auszusprechen, und damit der Wiedervereinigung Raum zu

Digitized by Google

geben, dieses Recht aber dem Richter bei der Scheidungsklage des L. R. S. 310 nicht zusteht, so folgt gerade daraus, daß der Gesetzgeber im L. R. S. 310 der Wiedervereinigung weniger Raum geben wollte, als in den Scheidungsgründen des L. R. S. 231, und daß also daraus für eine vom Gesetzgeber unterstellte Hoffnung der Wiedervereinigung nichts zu entnehmen ist. Bei der Ehescheidung aus hartnäckiger Verweigerung der Ehepflichten ist aber eine Hoffnung auf Wiedervereinigung gerade die schwächste, weil ja der weigernde Ehegatte seine Unversöhnlichkeit sogar damit bewiesen hat, daß er sich schon dreimal in nicht kurzen Zeiten vergeblich für die Wiedervereinigung einsperren ließ, und wenn er nun diesen Zwangsmitteln Trotz geboten, und daraus nur festere Abneigung gegen den andern Gatten geschöpft hat, wenn er allen dabei vorkommenden Vereinigungsversuchen vor dem Richter und seinem Seelsorger hartnäckige, fortdauernde Weigerung entgegengesetzt und in der dadurch begründeten Scheidungsklage den abermaligen Vereinigungsversuchen Widerstand geleistet hat, ja sich durch die ihn alsdann treffenden schlimmen Folgen der Ehescheidung als schuldiger Theil nicht schrecken läßt, so darf man wohl behaupten, daß bei diesen Verhältnissen ein Glauben an eine Wahrscheinlichkeit der Vereinigung nicht mehr anzunehmen ist, und darauf also auch nichts begründet werden kann. Man will zwar sagen, daß diese Wiedervereinigung deshalb hier wahrscheinlicher seie, weil der weigernde Ehegatte, der sein Vermögen in den Händen des andern lasse müsse und von ihm keine Unterhaltsrente beziehe, sich in einer unbequemern, zur Versöhnung mehr auffordernden Lage befinde, allein ich drehe diesen Grund als eine mir ganz willkommene Waffe um, und sage: gerade damit, daß er trotz Mangel und Elend nicht zum andern Gatten zurückkehrt, gerade damit, daß er sich anstatt des friedlichen Zusammenlebens hartnäckig einem wirklich peinlichen Zustand aussetzt, gerade damit beweist er auf das unzweifelhafteste, daß er jede auch noch schlimmere Lage dem Zusammenleben mit dem ihm verhaßten Ehegatten vorzieht, und daß also kein Grund einer auch nur fernen Hoffnung auf Wiedervereinigung vorliegt. Und wäre noch eine Hoffnung vorhanden, so kann der Richter bei dem hier vorliegenden Scheidungsgrund der harten Mißhandlung auf die zeitliche Trennung des L. R. S. 239 erkennen, ist aber auch diese fruchtlos verstrichen, so kann den Richter nichts abhalten, die Scheidung auszusprechen, indem eine vom Richter getrennte Ehe der eigenmächtigen, widerrechtlichen Eheauflösung überall vorzuziehen ist.

Man könnte hiermit schließen, allein es muß hinsichtlich des betreffenden Ehescheidungsgrundes noch etwas Weiteres erwogen werden, was man gewöhnlich bei den Ehesachen zu übergehen pflegt, obschon es bei uns die größte Rücksicht verdient. Ich meine die Grundsätze und Vorschriften der Religion.

Hier und wohl bei allen Gerichtshöfen *) wird bei Ehescheidungen die Konfession der streitigen Ehetheile gewöhnlich gar nicht angeführt, und solches damit vertheidigt, daß weder das Landrecht, noch die Eheordnung darauf irgend eine Rücksicht in verschiedener Bestimmung seiner Vorschriften nimmt, sondern die Ehescheidung gleichmäßig für Katholiken und Protestanten einführt. Man kann dieses insbesondere hinsichtlich der Eheordnung zugeben, allein gegen das, was so offen und laut besteht, kann man sich die Augen nicht verbinden, und kann sich die Ohren nicht verschließen, und nicht zu verkennen ist es daher, daß die Ehescheidung des Katholiken, wegen seines Dogma der Unauflösbarkeit der Ehe als Sakrament, ihrer Wirkung und *also der Sache* nach nur eine wenn schon fortwährende, doch das Band der Ehe nicht auflösende Trennung von Tisch und Bett ist, während bei dem Protestanten, wegen der nach seinem Kirchenglauben zulässigen Auflösung des Ehebands, die Ehescheidung die wirkliche und gänzliche Trennung der Ehe auch quoad vinculum mit sich führt.

Es hat aber dieser Umstand, der übrigens in der Eheordnung damit anerkannt und aufrecht erhalten wird, daß sie im §. 47, 67 die Wiederverheirathung jedes *geschiedenen* Ehegatten von der kirchlichen Zustimmung abhängig macht, welche alsdann bei einem Katholiken von der katholischen Kirche nicht ertheilt und eben deshalb auch gar nicht nachgesucht wird, einen größern Einfluß auf die praktische Durchführung des Ehescheidungsgrundes aus beharrlicher Weigerung der Ehepflichten, als man wohl glaubt und äußerlich zu erkennen gibt. Betrachtet man nämlich die Wirkungen der Ehescheidung im Allgemeinen, so ist die Wirkung, wodurch die Ehe ganz und für immer aufgelöst und womit Gelegenheit zur Eingehung einer neuen Ehe gegeben wird, unverkennbar die wichtigste von allen. Findet man nun, daß die katholische Kirche in der Ehescheidung eine gänzliche, das Band der Ehe lösende Trennung nicht zuläßt, so ist bei einem Katholiken, die, wenn schon vom Richter ausgesprochene, Ehescheidung von der nach Erschöpfung der Bengungsmittel factisch bestehenden Ehetrennung in dieser Hauptwirkung der Sache nach nicht sehr verschieden, weil in dem einen wie in dem andern Fall die Ehe hinsichtlich des Bandes doch fortbesteht, und also von einer Eingehung einer neuen

*) Der wahrscheinlich einem Vortrag entnommene Aufsatz in Nr. 41 hält es deshalb auch für unnöthig, die Konfession der streitenden Parteien anzuführen.

Digitized by Google

Ehe für den Katholiken keine Rede ist. Erwägt man aber, daß der Ehescheidungsgrund wegen Verweigerung der Ehepflichten immerhin eine ausdehnende Erklärung des Grundes der harten Mißhandlung oder groben Verunglimpfung ist, so wird man bei den an die Unauflösbarkeit der Ehe glaubenden katholischen Ehegatten, überhaupt von katholischer Seite aus weniger geneigt seyn, einen Ehrscheidungsgrund, doch nur zum Zwecke und zu der Wirkung einer separatio perpetua quoad torum et mensam, ausdehnend anzuwenden, und man wird dieses um so weniger thun, als der betreffende Richter in der von ihm freilich nicht mehr zu hindernden eigenmächtigen Ehetrennung doch immerhin nur eine das Band der Ehe ebenfalls nicht auflösende factische Trennung erblickt, welche sich bei dem Katholiken in keiner Weise durch eine das Band der Ehe auflösende Scheidung beendigen kann, von deren Fortdauer in der Zeit und von den dadurch gesteigerten schlimmen Folgen er dagegen eine Wiedervereinigung der Eheleute zu einer friedlichen Ehe hofft. Ganz anders wird aber der Protestant bei einer solchen factischen eigenmächtigen Trennung denken, und er soll auch anders denken. Die protestantische Kirche glaubt an das auflösliche Band der Ehe, und ertheilt deshalb dem im Fall der Ehescheidung befindlichen Glaubensgenossen das Recht der Wiederheirathung nach seinem Religionsglauben. Unter den Ehescheidungsgründen hat aber das protestantische Kirchenrecht die böshliche Verlassung des Ehegatten und die boshafte Verweigerung der ehelichen Pflichten, welche in der eigenmächtigen Aufhebung des Zusammenlebens mit der böslichen Verlassung im nächsten Zusammenhang steht, aufgenommen, und solche als von der Kirche gebilligt erklärt. So gut nun der Katholik an eine Verbindung der Ehe mit den Vorschriften der Religion glaubt, so gut glaubt auch der Protestant nach den Vorschriften seiner Konfession daran, und so gut deshalb der Katholik an die Unauflösbarkeit des Ehebands glaubt, eben so gut kann auch der Protestant an die Auflösbarkeit des Ehebands glauben, und darf der Katholik von der weltlichen Gesetzgebung Achtung seines Glaubens an die Unauflösbarkeit des Bandes der Ehe verlangen, so darf auch der Protestant Achtung seines Glaubens an die Auflösbarkeit der Ehe und an die dazu von der Kirche gebilligten Gründe fordern. Die Eheordnung hatte auch darauf in ihrem Ehescheidungsgrund der Herzenshärtigkeit und dem geduldeten Trennungsgrund des §. 44 Rücksicht genommen, und wenn bei der Einführung des Code Napoleon davon Umgang genommen ward, so war dieses gegenüber den Lehren der protestantischen Kirche um so unrechter, als man dagegen den heillosen Ehescheidungsgrund der freiwilligen Scheidung annahm, der in seiner einzig bestehenden Begründung auf freiwillige Uebereinstimmung der Ehegatten auf die alleinige Natur der Ehe als eines bürgerlichen Vertrags zurückführt, die in solcher Ausschließlichkeit schlechthin verwerflich ist, und auch bei uns durch Fortbestand des §. 2 der Eheordnung, und durch die der Eheordnung überall unterliegende Berücksichtigung des Kirchenglaubens nicht besteht. Unter diesen Voraussetzungen, und bei dem Schutz, den die protestantische Kirche für ihre Glaubensmeinungen hinsichtlich der Ehe anzusprechen hat, war es daher nicht nur gerecht, sondern auch nothwendig, daß man den Ehescheidungsgrund der protestantischen Kirchenlehre, die der Sache nach zusammenfallende böshliche Verlassung und hartnäckige Verweigerung der Ehepflichten, durch die Verordnung vom 4. Nov. 1812 anerkannte, und durch eine gar nicht gezwungene Belehrung in den rein weltlichen, von der protestantischen Kirche nicht gebilligten Scheidungsgrund der harten Mißhandlung oder groben Verunglimpfung hineinlegte. Eben deshalb hat nicht nur der protestantische, sondern auch der katholische Richter bei der nicht weg zu raisonnirenden Verbindung der Ehe mit den Vorschriften der Religion diese auf Anerkennung und Schutz protestantischer Kirchenlehre gerichtete Verordnung, zumal bei dem Protestanten anzuwenden, und wenn er nicht aus den Augen verliert, daß, zum Unterschied von dem Katholiken, für den Protestanten aus der widerrechtlichen factischen Ehetrennung ein Recht auf wirkliche Scheidung des Bandes der Ehe, und damit ein Recht zur Wiederverheirathung erwächst, so wird er ihm dieses Recht um so lieber anerkennen und zusprechen, als er sich nicht wie bei dem Katholiken sagen kann, daß die factische Ehetrennung und die richterlich ausgesprochene Scheidung am Ende eben doch in der Hauptwirkung zusammenfallen, daß für beide Fälle die Ehe hinsichtlich des Bandes fortbesteht.

Man sage nicht, der Richter habe in den ihm zur Entscheidung vorliegenden Ehestreitigkeiten keinen Unterschied nach der verschiedenen Konfession der Eheleute zu machen, weil weder das Landrecht, noch die Eheordnung, noch die Verordnung vom Jahr 1812 eines Unterschieds ihrer Vorschriften nach der verschiedenen Konfession gedenken. Ich will nicht sagen, daß die Verordnung vom Jahre 1812 nicht für den Katholiken gelte, allein es liegen jedenfalls bei dem Protestanten solche Gründe seines Glaubens vor, welche bei dem Katholiken nicht eintreten, dagegen bei dem Protestanten die Anwendbarkeit der Verordnung vom Jahr 1812 bestärken und dringend verlangen, und wenn schon unsere Gesetze nirgends gerade ausdrücklich verschiedene Bestim-

Digitized by Google

mungen nach der Verschiedenheit der Konfession ertheilen, so achten sie doch die Lehren der Kirche, wie v. Weiler im Archiv. IV. Band I. Heft 1. Abhandlung sehr richtig nachgewiesen hat. Allerdings besteht bei uns in Ehesachen eine sehr verworrene dreifache Grundlage derselben, denn in Aufnahme des Code Napoleon erkannte man vorerst die reine Privatrechtlichkeit der Ehe als eines Vertrags an, durch fortgeltende Nebenanstellung der Eheordnung schob man aber der Ehe, in Anerkennung der Wahrheit, daß auf ihr vor allem das Gesammtwohl des Staats in dem Wohl der ihn darstellenden Familien begründet seie, das Einschreiten der Polizeigewalt des Staats unter, und zog ihr selbst damit ein polizeiliches, also eine Art öffentlich rechtliches Gewand an, und da man bei uns die nächste, unmittelbare Einwirkung der Religion auf die Ehe vorfand, so ward auch dieser fortdauernden Einwirkung durch die Fortdauer des §. 2 der Eheordnung und durch die fernere Zulassung der Geistlichkeit in Ausübung einer Amtsgewalt bei Ehesachen Raum gegeben, und somit auch der religiöse Charakter der Ehesachen anerkannt. Ich weiß nun nicht, ob man bei Einführung des Code Napoleon unter Aufrechthaltung der Eheordnung sich dieser dreifachen Grundlage bewußt war, allein wer da glaubte, er könne in Ehesachen sich jeder Rücksicht auf die Religion entschlagen, und wer da insbesondere die Ehescheidung nach der Eheordnung, ganz unbekümmert um ihre Wirkungen hinsichtlich der Kirchenvorschriften, und in so fern man ihren in der That bestehenden Umfang ausspricht, wer nur an die Vermögensabsonderung und an die Entschädigungsquart denkt, der legt die Gesetze auf eine Weise aus, daß er in seiner Nivellirung des Religionsunterschieds den ärgsten Destructiven übertrifft, und daß er die auch in der Ehe zu Tag gehende Gewissensfreiheit zerstört. Allerdings trifft man gerade die Berücksichtigung der religiösen Seite der Ehe selten an, allein dies kommt nicht daher, weil diese Einwirkung der Religion nicht besteht, sondern weil durch die heillose, immer offener zu Tage gehende Indifferenz in Religionssachen es bald so weit kommt, daß man in Anrufung und in Anerkennung der Sätze unserer geoffenbarten Religion befürchtet, daß die in falscher, geisteskranker und gemüthskalter Aufklärung befangene Menge an dem Verstand des Bekenners der Religion zweifelt, und so weit droht es zu kommen, daß der verständige Mann, der Christum bekennt, gegenüber der Masse von Indifferenten und in ihren Augen bald nur als ein Leichtgläubiger und nicht als ein Denkgläubiger erscheint. Daß man aber die Sätze des Protestantismus über die Ehe noch weniger als die des Katholicismus bei uns berücksichtigt, läßt sich auch durch die nicht selten zu beobachtende Meinung erklären, daß man der Aufstellung des evangelischen Landesherrn als Landesbischof der evangelischen Kirche die Deutung geben will, als sei der weltlichen gesetzgebenden Gewalt keine Grenze auf kirchlichem Boden gezogen und als stehe der weltlichen Regierung das jus circa sacra und in sacra unbedingt zu, woraus man gerade bei der Ehe folgern will, daß sie ganz unumschränkt der weltlichen Gesetzgebung unterstehe. Allein diese Ausdehnung des Begriffs des Landesherrn als Landesbischof geht zu weit, nicht einmal das jus circa sacra steht ihm unbedingt zu, sondern ist an die Einwilligung der evangelischen Kirchengesellschaft durch die Generalsynode gebunden, und mag man nun die Ehe des Protestanten weniger mit den Glaubenssätzen der Religion verbunden setzen, als wie bei dem Katholiken, so hängt sie doch mit den Religionsvorschriften des Protestantismus zusammen, und die weltliche Gesetzgebung hat diese um so mehr zu beachten, als durch den §. 16 des Edicts über die kirchliche Staatsverfassung und durch die bei der Vereinigung der beiden protestantischen Konfessionen zu Stande gekommene Kirchenordnung §. 13 die religiöse Seite der Ehe ausdrücklich bei uns anerkannt worden ist.

Es ist daher hinsichtlich des Ehescheidungsgrundes aus der hartnäckigen Verweigerung der Ehepflichten auf die hier entwickelte Seite des protestantischen Kirchenrechts ein Hauptgewicht zu legen, und man hat sich vor dem nicht seltenen Fehler zu hüten, daß man bei dem Umstand, wo das Staatsoberhaupt der evangelischen Kirche zugethan ist, immer nur an eine, wenn schon nicht bestehende Gefährdung und dafür zu ertheilenden Schutz der katholischen Kirche denkt, und es in Anwendung der mit der Religion in Verbindung stehenden Gesetze über Ehe nach dem katholischen Glauben übersieht, daß man damit den doch wohl auch bestehenden Rechten des Protestantismus entgegentritt, und seiner Wirksamkeit da entgegenarbeitet, wo er in Anwendung auf seine Konfessionsgenossen jedenfalls ungeschmälert bleiben sollte.

Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 34. Karlsruhe den 26. August 1837.

I.

Hofgericht am Oberrhein.

Verfahren in Ehescheidungssachen.

Competenz der Aemter zu Ladungsversagungen.

Auf eine Ehescheidungsklage verfügte das Amt H.: in Erwägung, daß weder in der Aufschrift noch im Context der Klagschrift eine bestimmte Ursache genannt ist, aus welcher Scheidung gesucht wird, während die Klage der Kathegorie des zweiten Kapitels, sechsten Titels, vom ersten Buch des Landrechts angehört; ferner daß der vorgelegte Meldschein, als eine bloße Beziehung auf einen, mit dieser Klage nicht in Verbindung stehenden älteren Vorgang, der Vorschrift des §. 62 der Eheordnung nicht entspricht, somit zu Einführung einer Scheidungsklage nicht geeignet ist; endlich daß keine Beweisstücke übergeben sind L. R. S. 236, Prozeßordnung 359: die Klage findet angebrachtermaßen nicht Statt.

Auf eine simple Beschwerde des Klägers verfügte das oberrheinische Hofgericht:

Dem Bezirksamt H., unter Aufhebung des von demselbem incompetent erlassenen Erkenntnisses zu bemerken: „Das Verfahren ꝛc." (hier folgen Wort für Wort 11 Zeilen aus dem Artikel in Band I. der Annalen Seite 76 Lit. a). Ferner heißt es: „Die aus §. 359 der Prozeßordnung entnommene Verfügung: die Ehescheidungsklage finde angebrachtermaßen nicht Statt, ist um so unpassender, als uns, dem diesseitigen Obergericht, die Entscheidung darüber zusteht, die Klage theils auf harte Mißhandlung, theils auf grobe Verunglimpfung begründet wird, darüber Zeugen namhaft gemacht sind, und es der Uebergabe von Beweisartikeln nicht bedarf, auch der Klage der Meldschein angeschlossen ist, der sich auf einen frühern Bericht über einen mißlungenen Versöhnungsversuch bezieht und wenn er nicht für genügend gehalten werden sollte, nur zur Verbesserung hinausgegeben werden darf. — Nach dieser Belehrung erhält das Amt den Auftrag, über die Ehescheidungsklage nach der im Landrecht für die Ehescheidung aus bestimmter Ursache gegebenen Vorschrift die Verhandlung zu pflegen und binnen vier Wochen die spruchreifen Acten zur Entscheidung einzusenden.

Bemerkungen des Einsenders.

Diese hofgerichtliche Verfügung möchte in formeller und materieller Beziehung kaum zu rechtfertigen seyn. Fassen wir die Verhältnisse des Ehescheidungsprozesses in ihrer ursprünglichen Lage auf, so finden wir in §. 3, 59, 61, 70 der Eheordnung von 1807 den Grundsatz:

Die Ehesachen sind rein polizeilicher Natur und werden im Gegensatz mit dem förmlichen Civilrechtsgang lediglich aus dem Gesichtspunkt der Polizeigewalt behandelt.

Bei Einführung des Code Napoleon ist in §. XVII. und XVIII. des ersten Einführungsedictes bestimmt worden, daß mit der Geltung des neuen Gesetzes in civilrechtlicher Beziehung alle ältern Gesetze außer Wirksamkeit gesetzt sind; die Wirkung älterer Gesetze über kirchliche, peinliche und polizeiliche Verhältnisse aber dadurch unberührt bleibe, und daß insbesondere die Eheordnung, wo sie durch das Landrecht nicht buchstäblich geändert ist, in bürgerlicher Hinsicht, und noch mehr in Absicht ihrer weitern rechtspolizeilichen Fürsorge, bei Kräften bleibe und als Erläuterung des Gebrauchs der diesfallsig kürzern, im Landrecht ausgedrückten Sätze diene.

Der L. R. Zusatz 311 a. sagt, die Eheordnung gilt fort, so weit sie nach den Bestimmungen des Landrechts bestehen kann, und ist dadurch in ihren polizeilichen Beziehungen nicht aufgehoben.

II. Einführungsedict §. 11. verordnet: „In Ehestreitigkeiten findet wie bisher der Beschuldigungsproceß im Untersuchungsverfahren Statt. Die Verhandlungen werden bei den Obrigkeiten gepflogen, welchen die Gerichtsbarkeit in erster Instanz in Personalsachen der Betheiligten zusteht, die Endverfügungen aber, wenn es auf Scheidung oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe ankommt, erläßt das Hof-

Digitized by Google

gericht. Das neue Landrecht behandelt die Ehe als einen Gegenstand des Civilrechts und enthält (da es vor der Prozeßordnung entstand) auch die Vorschriften des Verfahrens bei dem Civilrichter.

Daß nun durch Einführung dieses Gesetzbuchs eine wesentliche Aenderung des Grundsatzes der Eheordnung erfolgte, begreift sich eben so gut, als daß die Aenderung des Grundsatzes Consequenzen haben muß. — Ohngeachtet nun das alte Recht vom Gesichtspunkte der Polizeigewalt und das neue Landrecht von dem des Civilrechts ausging, enthält unsere Gesetzgebung die Zumuthung, man solle das Heterogene in beiden zu einem Ganzen verbinden! Die Praxis hat auch bisher in mancherlei Variationen das Räthsel gelöst, doch mußte sie zu andern Mitteln greifen, als die hofgerichtliche Rechtsbelehrung an die Hand gibt.

Denn wie sollte der Gemeinplatz: „das novum jus generale hebt das ältere singulare nicht auf“ (Thibaut §. 39) dazu ausreichen, alle Zweifel da zu heben, wo auf einer Seite verordnet ist: es findet nur polizeiliches Untersuchungsverfahren, wie im Beschuldigungsprozeß des Criminalrechts (§. 8. des Strafedicts) Statt, und auf der andern Seite befohlen: es sind die Vorschriften des Civilgesetzes und zwar eines solchen anzuwenden, welches auf eine uns fremde Gerichtsverfassung gebaut ist! — Bekanntlich bildet die Untersuchungsmaxime den Gegensatz von der Verhandlungsmaxime, und der Einzelrichter den Gegensatz vom Collegialgericht. Nun frägt es sich: ob diese Gegensätze durch obigen Spruch versöhnt werden können? Die Rechtsbelehrung im Regierungsblatt von 1812, Nr. 29 S. 190 glaubt nicht daran und greift schon zu andern Mitteln, trägt aber den Ausdruck der Verzweiflung an der Stirne, indem sie einsieht, daß bei Gesetzen, die ihrem Prinzip nach verschieden sind, die Abweichungen auch dadurch nicht ausgeglichen werden, daß man, im Gegenstoß einzelner Bestimmungen, dem jüngern Gesetz den Vorrang vor dem ältern läßt. Der Beschuldigungsprozeß des alten Rechts harmonirt nicht mit den landrechtlichen Vorschriften über das Ehescheidungsverfahren, und kann auch nicht nach §. XVIII. des ersten Einführungsedicts zur Erläuterung der diesfallsigen kurzen Landrechtssätze dienen, da er von einem ganz fremden Prinzip ausgeht. Dies hat auch der Verf. des §. 11 des zweiten Einführungsedicts wohl gefühlt und ist deshalb mit einem weiten Sprung über alle Einzelnheiten des dort aufgestellten Satzes hinweggesetzt, unbesorgt, wie es der Praxis darüber zu Muthe werde.

Schon in den Erläuterungen zu L. R. S. 259 und 264 sagt Brauer: durch dasjenige, was im neuen Landrecht über das Ehescheidungsverfahren gesagt sei, leide das, was die Eheordnung hierüber enthalte, eine nähere Bestimmung. Es werde statt des in §. 64 bis 70 der Eheordnung vorgeschriebenen polizeilichen Untersuchungsverfahrens ein förmliches rechtliches Verfahren vorgeschrieben ꝛc. Und bei diesen Ansichten konnte er einen L. R. Zusatz 311a. und dergleichen Einführungsedicte erlassen? und auf seine Verantwortung nehmen, daß sich nun die Praxis damit martert, unvereinbare Dinge juristisch zusammen zu reimen? So lange hier unsere Gesetzgebung nicht hilft, wird es nie klar in der Sache werden, besonders wenn es viele buchstäbliche Juristen gibt, welche sich hüten, bei Gesetzen etwas zu denken, was nicht mit Händen zu greifen ist.

Solchen wird, zu dem Zweck, daß sie über alle Zweifel hinauskommen, wie weit im Lande die Befugniß der Aemter in Eheprozessen geht, bemerkt: nach dem Wortlaut des §. 11 des zweiten Einführungsedictes „geht sie bis zu den Endverfügungen, wenn es auf Scheidung ankommt!“

An dieses Gesetz können sie sich halten, es ist neuer als das Strafedict von 1803, §. 8; die Eheordnung von 1807, §. 64; das Organisationsedict vom 26. Nov. 1809, welches Beilage C. §. 17 und Beilage E. §. 6 sagt, die Aemter haben die Instruktion der Ehescheidungsprozesse, und vor die Hofgerichte gehört alles, was die Auflösung geschlossener Ehen betrifft, so weit es sich zu richterlichen Erkenntnissen (§. 67 der Eheordnung) eignet. — Es ist vom 29. December 1809, also über vier Wochen jünger und verdient nach Regierungsblatt 1812 S. 190 Ziff. 2 unbedingt den Vorzug vor allen ältern Gesetzen. Hiernach steht fest, daß die Aemter alle prozeßleitenden Verfügungen, ja sogar Endverfügungen erlassen dürfen, wenn es nicht auf Scheidung, sondern, wie z. B. im vorliegenden Fall, nur auf Anstellung einer neuen Klage ankömmt!

Ladungsversagungen hält auch das Oberhofgericht, Jahrbücher II. S. 338, und unsere Prozeßordnung §. 391 für blos prozeßleitende Verfügungen, obwohl ersteres, auf den Grund des neuen Organisationsedicts l. c. die Aemter nicht dazu competent erachtet. Gibt man dem §. 11 cit. die gehörige wörtliche Auslegung, so kömmt man auch leicht über alle Differenzen hinweg, welche daher entstehen, daß das Landrecht in seinen Bestimmungen auf Collegialverfassung der ersten Instanz und nicht auf badische Aemter und Hofgerichte eingerichtet ist. Da wo es nicht auf Scheidung ankommt, es mag nun der Präsident (L. R. S. 236, 237, 240, 249); der Verhörrichter (L. R. S. 244, 247, 248); oder das Tribunal (L. R. S. 246, 230 ꝛc.) fungiren, führt das Amt den Prozeß und legt ihn erst dann dem Hofgerichte vor, wenn es zum Scheiden kömmt!

Unsere Hofgerichte thun hiernach Unrecht, wenn sie sich, nach Maßgabe des cit. Organisationsedicts, alle richterlichen

Digitized by Google

Entscheidungen vorbehalten, und begehen überdies eine Inconsequenz, indem sie den Aemtern zugleich mit den Funktionen des Verhörrichters auch die des Gerichtspräsidenten einräumen. Nach L. R. S. 237 macht dieser beim Empfang der Klage die ihm schicklich scheinenden Bemerkungen, d. h. er gibt dem Kläger die undeutliche, mangelhafte Klage zur Verbesserung zurück und setzt die Sache durch seine Bemerkungen in den Stand, daß das Tribunal nach L. R. S. 246 über die Einreden gegen die Zulässigkeit der Klage erkennen kann, welches Erkenntniß die formelle Zulässigkeit der Klage, so weit solche der Prüfung des Richters (nach §. 357 — 360 unserer Prozeßordnung) anheim fällt, offenbar voraussetzt.

Das Recht dieser Prüfung muß auch vernünftigerweise dem Amte gelassen werden, denn es kann ihm Niemand zumuthen, etwa als unzuständiger Richter, über unsinnige, obscure, oder unreife Eheklagen blindlings Verhandlungen bis zur Endverfügung zu pflegen! Unsere Gesetzgebung geht auch im Regierungsblatt von 1813 Nr. 25 davon aus, daß den Aemtern das Recht der Zurückweisung einer Eheklage zusteht, indem ihnen dort befohlen wird, keine Klage anzunehmen, wenn nicht der in §. 62 der Eheordnung vorgeschriebene Meldschein beigebracht ist." Arg. a majori ad minus wird hiernach das Amt eine Klage auch angebrachtermaßen abweisen dürfen, wenn der Meldschein nicht in Ordnung ist. —

Davon sagt freilich der Aufsatz in den Annalen Bd. I. S. 76 kein Wort, und das großherzogl. Hofgericht beschränkt sich deshalb auf die gründliche Bemerkung, daß das amtliche Versagen der Ladung hier um so unpassender sei, als nur dem Obergericht die Entscheidung darüber zustehe! — Die Competenz der Aemter zu Ladungsversagungen läßt sich aus der ersten Regel der Lehre von der Zuständigkeit der Gerichte ableiten, welche heißt: Jeder Richter hat selbst über seine Zuständigkeit zu erkennen. Nach §. 11 des zweiten Einführungsedicts führt diejenige Obrigkeit, welcher die Gerichtsbarkeit über die Betheiligten in Personalsachen zusteht, die Ehescheidungsprozesse bis zum Schlusse. Die Aemter haben somit zuvörderst in concreto zu prüfen, ob ihnen die Gerichtsbarkeit in Personalsachen zusteht.

Die Regeln für die Entscheidung dieser Frage sind aus dem Prozeßrecht zu schöpfen, und hier stoßen wir in §. 54 der Prozeßordnung auf den obenerwähnten uns hier allein erheblichen Satz: Der Richter selbst hat über seine Zuständigkeit zu erkennen, wo nicht das Gesetz das Erkenntniß darüber an eine andere Behörde verweiset.

Aus der Eheordnung so wenig als dem Landrecht, dem §. 27 der Prozeßordnung oder einer andern gesetzlichen Norm, läßt sich aber letzteres für Ehescheidungsfälle behaupten, da, wie oben dargethan ist, der §. 6, Beilage E. des neunten Organisationsedicts durch den §. 11 cit. II. Einführungsedicts auf Endverfügungen restringirt ist. Wenn nun das Amt, als zuständiger Richter in Personalsachen, über den Competenzpunkt erkennt, indem es Ehescheidungsverhandlungen zuläßt, oder im Wege der Prozeßleitung das Nöthige verfügt, kann ihm hiernach nicht wohl der Vorwurf der Incompetenz gemacht werden. Jede Ladungsversagung enthält implicite ein Erkenntniß über die eigene Competenz, und ist schon in diesem Betracht nicht mittelst einer Rechtsbelehrung, sondern nur auf eingelegtes Rechtsmittel durch förmliches Erkenntniß des höheren Richters aufzuheben; Prozeßordnung §. 43, 391. Ueberdies aber hat das generelle Verbot des L. R. S. 5 auch dem §. 67 der Eheordnung ein Ende gemacht und die Entscheidungsform kann in Ehesachen unmöglich polizeilich geblieben seyn, wenn das Verfahren rechtlich wurde; L. R. S. 246, 258, 262 seq. Trefurt S. 356 seq. 360. Brauer I. S. 207, 8 a. M. Oberhofgerichtliche Jahrb. V. S. 58. Daß überhaupt der bürgerliche Prozeß subsidiäre Anwendung da findet, wo die Bestimmungen des Landrechts nicht ausreichen, oder, wie z. B. S. 241 und 246, darauf verweisen, hat schon Zachariä §. 413 und Trefurt l. c. dargethan, und noch deutlicher erhellt dies aus den blos gelegenheitlichen Bemerkungen unserer Prozeßordnung §. 190, 792, 1098, welche der Eheprozesse gar nicht gedenken würde, wenn sie nicht von ihrer Anwendbarkeit auf dieselben bestimmt ausginge; sagt sie doch nichts von andern Polizei- oder Strafsachen!

Hiernach dürfte es jedenfalls mindestens zweifelhaft seyn, ob zu einer Aufhebung des amtlichen Bescheids auf simple Beschwerde mittelst einer Art von Rechtsbelehrung ein gesetzlicher Grund vorhanden war. Mögen die Annalen weitere Belehrung über diesen Gegenstand liefern, da er wohl der Rede werth ist.

Gockel.

II.

Rechtsfall über die Anwendbarkeit des L. R. S. 1791.

Theilungscommissär W. übernahm die Renovation des Unterpfandsbuches für die Stadtgemeinde K., mit der Bestimmung, daß seine Arbeiten nach Tantiemen, z. B. für die Auszüge pr Stück 1 kr., für die Ausschreiben pr Stück 15 kr., für die Liquidation mit den Gläubigern die Taggebühr bezahlt werden sollen.

Er begann sogleich das ihm übertragene Geschäft und fertigte ungefähr die Hälfte des neuen Pfandbuchs, worauf er, wahrscheinlich um eine Abschlagszahlung zu erhalten, über seine bisherigen Arbeiten das Kostenverzeichniß dem

Digitized by Google

großherzoglichen Bezirksamt zur Decretur auf die Gemeindekasse vorlegte. Das Amt decretirte auch, nachdem die halbvollendete Arbeit vom großherzoglichen Amtsrevisorat geprüft und für gut befunden war, das Kostenverzeichniß, im Betrag von 641 fl.

Die Stadtgemeinde zahlte hierauf abschläglich beiläufig 200 fl., in der Voraussetzung, daß die Vollendung des Pfandbuches nachfolgen werde.

Kurze Zeit darauf sah sich der Gemeinderath veranlaßt, den Geschäftsfertiger wegen Ordnungswidrigkeiten, die solcher sich bei zwei oder drei Einträgen zu Schulden kommen ließ, zu denunciren, und eine Untersuchung zu veranlassen.

Das Resultat dieser Untersuchung besteht nach dem hofgerichtlichen Urtheil darin, „daß die angezeigten Unrichtigkeiten nicht als zur peinlichen Cognition geeignete Fälschung, sondern blos als Verletzungen der Dienstpflicht, welche das Amt als Dienstpolizeibehörde zu untersuchen und zu bestrafen habe, in Betracht kommen könnten."

Während die peinliche Untersuchung im Laufe war, faßte der Geschäftsfertiger den Entschluß, das Erneuerungsgeschäft für immer aufzugeben, und seine decretirte Restforderung mit 441 fl. gegen die Stadtgemeinde einzuklagen.

Seine Klage stützte sich hauptsächlich auf die amtliche Decretur, auf welche hin bereits eine Abschlagszahlung von 200 fl. gemacht war.

Die beklagte Stadtgemeinde erwiderte in ihrer Einrede, daß sie die Zahlung aus dem doppelten Grunde verweigere, weil

a. das Erneuerungsgeschäft noch lange nicht zur gänzlichen Vollendung gediehen, und

b. die bereits gelieferte stückweise Arbeit mit wesentlichen Mängeln und Unrichtigkeiten behaftet sei.

Nach geschlossenem Verfahren wurde die ad a vorgeschützte Einrede in der Rechtsausführung unter anderm auch mit Folgendem zu begründen gesucht.

1) Der L. R. S. 1791 könne hier nicht Platz greifen, weil eine Pfandbuchserneuerung nur in ihrer ganzen Vollendung einen Werth und rechtliche Existenz habe, und

2) die amtliche Decretur kein Rechtsgrund für den klägerischen Anspruch bilden könne, weil sie nichts anderes sei, als eine obervormundschaftliche Ermächtigung der nach früherem Recht den Minderjährigen beigezählten Gemeinde zur Auszahlung des decretirten Betrags, also von der Voraussetzung wesentlich bedingt sei, daß die Arbeiten, wofür Kosten decretirt werden sollen, von der Gemeinde anerkannt seien.

Der Kläger bezog sich zur Widerlegung dieses Einwandes auf den Umstand, daß Kläger das Geschäft nach dem Stück übernommen habe, daher auch die gefertigte Arbeit stückweise geprüft werden könne, und der L. R. S. 1791 um so mehr Platz greife, als nicht bestritten sei, daß die Stadtgemeinde mit dem Kläger die Arbeit nach Tantiemen verakkordirt habe.

Das Erkenntniß des Unterrichters verurtheilte auch wirklich die beklagte Stadt zur Zahlung, aus folgenden Gründen:

a. Das Pfandbuch sei nichts anderes, als eine Zusammenstellung von Einträgen. Diese Einträge könnten aber von einer und der nämlichen Person, oder eben so gut von verschiedenen Personen herrühren, und da zur Erneuerung eines solchen Pfandbuches verschiedene, nicht unmittelbar mit einander verbundene Geschäfte, z. B. Fertigung von Auszügen, Gläubigervorladung, Aufstellung von Registern ꝛc. erfordert werden, so könne eine theilweise Prüfung und die Zahlung nach den einzelnen Arbeiten ganz füglich bestehen. Die stückweise Prüfung sei nun auch wirklich erfolgt, indem nur auf solche hin die Gebühren des Klägers decretirt worden, und mit allem Recht könne sich Kläger auf diese Prüfung und auf die Decretur seiner Gebühren berufen;

b. habe die beklagte Stadt durch die mit 200 fl. geleistete Abschlagungszahlung nach dem L. R. S. 1338 a. auch die Restforderung des Klägers anerkannt.

Gegen dies Erkenntniß ergriff die Beklagte die Berufung, worüber die Entscheidung noch zu erwarten ist.

Wenn keiner der bereits bei dem Unterrichter begründeten Einwendungen den klägerischen Forderungsanspruch umwirft, so muß das gesetzliche Verhältniß eines neuen Pfandbuchs zu dem alten Pfandbuche die Forderung des Klägers in jedem Fall sehr zweifelhaft machen.

Durch die Errichtung eines neuen Pfandbuchs verliert das alte seine Kraft (s. Bekks Abhandlung über dingliche Rechte §. 86) und das alte Pfandbuch soll nach der gesetzlichen Vorschrift nur noch darum aufbewahrt werden, um wegen etwaiger Rückgriffsansprüche über die alten Verhältnisse noch den Beweis zu geben. Bei neuen Pfandbewilligungen darf das alte Pfandbuch nicht mehr untersucht werden, denn eben darum, daß diese Weitläufigkeit der Untersuchung abgeschnitten und die Sache vereinfacht werde, wird ja das neue Pfandbuch errichtet, und es bedürfte keiner Erneuerung, sondern nur einer Fortsetzung des alten Pfandbuchs, wenn auch dieses noch neben dem neuen Kraft haben und als über die Priorität der Gläubiger entscheidend gelten könnte, somit bei jeder Pfandbewilligung ebenfalls noch untersucht werden müßte.

Unter Bezug auf diese aus obiger Abhandlung wörtlich eingerückte Entwicklung über das Verhältniß zwischen dem alten und neuen Pfandbuch entsteht nun für unsern Fall die Frage: Ist ein erneuertes Pfandbuch gleich dem alten Pfandbuch eine bloße Zusammenstellung einzelner Einträge, oder ist es nicht vielmehr ein systematisches, nach einem durchgreifenden Plane zu bearbeitendes, einen Gesammtzweck habendes Ganze, welches nur in seiner Vollendung einen Werth hat?

Ich behaupte, daß gerade das gesetzliche Verhältniß, zwischen dem neuen und alten Pfandbuche auch den Unterschied rücksichtlich der formellen Fertigung, beziehungsweise Fortsetzung normirt, und dem erneuerten Pfandbuche nur in seiner Vollendung einen Werth beilegt, indessen das alte Pfandbuch von verschiedenen Pfandschreibern stückweise fortgesetzt werden kann, wie sich das Letztere natürlich von selbst versteht.

Schmidt.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe den 2. September 1837.

I.

Bemerkungen über die Errungenschaftsgemeinschaft, ihre schlimmen Folgen für die Ehefrau, und über die vom Gesetz der Frau dargebotenen Mittel, diesen schlimmen Folgen zu entgehen.

Es ist eine bekannte Sache, daß das Gedinge der Errungenschaft das häufigste bei den Heirathsverträgen ist, und diese Häufigkeit wird durch die Aufhebung des L. R. S. 1393 a. nur noch vermehrt worden seyn. Eben so bekannt ist es, daß die Errungenschaftsgemeinschaft durch ein unglückseliges Mißverständniß Brauers und durch seine gerade hier nur mit dem bekannten Spruch Göthe's

„es erben sich Gesetz und Rechte
„wie eine ew'ge Krankheit fort"

zu rechtfertigende Vorliebe für das ältere, zumal in Baden-durlach geltende Recht gegen den Code civil eine ganz andere Gestalt und Wirkung bei uns erhalten hat. Denn während es nach dem französischen Recht eine unbestrittene Sache ist, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Ehefrau sich gleichfalls wie bei der gesetzlichen Fahrnißgemeinschaft der Gemeinschaft entschlagen, und damit von jedem Beitrag zu den Gemeinschaftsschulden frei machen kann, obschon sie ihr ganzes fahrendes und liegenschaftliches Vermögen zurücknimmt, so kann nach unserm Recht, nach L. R. S. 1521 a., die Ehefrau sich von der Bezahlung der Gemeinschaftsschulden bei dem Gedinge der Errungenschaft nicht frei machen, sondern muß ihren Antheil, nämlich die Hälfte, aus ihrem zurückgenommenen Einbringen jedenfalls bezahlen.

Diese Vorschrift des L. R. S. 1521 a. ist aber als eine mit allen sonstigen Grundsätzen unseres Eherechts im offensten Widerspruch stehende, ja als eine höchst ungerechte zu bezeichnen. Als oberster Satz jedes Rechts ist gewiß der anzuerkennen, daß Jeder nur die Schulden zu bezahlen hat, welche er selbst persönlich gemacht hat, oder welche auf einem Vermögen ruhen, welches ihm zufällt, und welches er annimmt. Nach den damit in Einklang stehenden Grundsätzen der gesetzlichen Gütergemeinschaft, welche nach L. R. S 1528 auch für das Gedinge der Errungenschaft gelten, haftet nun die Ehefrau nur für ihre persönliche, oder für die auf ihrem ihr verbliebenen Einbringen haftenden Schulden, und in so fern sie die Gütergemeinschaft nicht annimmt, ist sie von jedem Beiteag zu den eigentlichen Gemeinschaftsschulden, wohin alle vom Mann während der Ehe gemachten Schulden gehören, gesetzlich befreit. Die Errungenschaft steht aber mit der gesetzlichen Gütergemeinschaft ganz auf dem gleichen Fuß, und hat nur die Verschiedenheit, daß die in die Ehe eingebrachte Fahrniß, so wie die während dee Ehe den Eheleuten aus einem jnentgeltlichen Rechtstitel anfallende Fahrniß nicht in die Gemeinschaft fällt, also den Liegenschaften gleich steht, und daraus folgt nur, daß auch die auf diesen Fahenissen ruhenden Schulden, also insbesondere sämmtliche von den Eheleuten vor Eingehung der Ehe besessenen Schulden, nicht der Gemeinschaft als solcher zur Last fallen, sondern auf dem eigenen Vermögen dee Eheleute, also auch auf ihree Person beruhen bleiben. Der Mann ist aber wäheend der Eht der Herr der Gemeinschaft, alle von ihm wäheend der Ehe, ja selbst vor ihrer Eingehung gemachten Schulden ruhen auf der Gemeinschaft, nicht aber auf dem sondereigenen Vermögen dee Frau, und wenn nun diese sich der Errungenschaftsgemeinschaft entschlägt, so muß sie ihr eigenes Vermögen, hier in Fahrnissen und Liegenschaften bestehend, eben so schuldenfeei zurücknehmen können, als sie bei der Fahrnißgemeinschaft ihre Liegenschaften schuldenfrei zurücknehmen kann. Für ihre Person ist sie diesen Schulden nicht beigetreten, ihre Fahrnisse hat sie nicht in das Gemeinschaftsvermögen eingeworfen, und auf ihm haften also keine von Andern gemachte Schulden. Es gibt gar keinen gerechten und vernünftigen Grund, der die Errungenschaft nicht annehmenden Ehefrau die Bezahlung der Hälfte der Schulden zuzumuthen, welchen sie nicht

Digitized by Google

persönlich beigetreten ist, und Beziehungs derer sie keinen Antheil an dem Vermögen nimmt, auf welchem sie allein ruhen, und wenn sich Brauer deshalb auf das frühere Recht berief, so war dieses in dessen auch schon bestehender, durch andere größere Erbevortheile aber ausgeglichener Unbilligkeit um so unrechtmäßiger, als die Ehefrau nicht wie jetzt die Hälfte, sondern nur ein Drittel solcher Schulden zu bezahlen hatte. Zu welchen unseligen Folgen aber die Vorschrift des L. R. S. 1521 a. führt, darüber hat die Erfahrung genug Beispiele aufzuweisen, indem es nichts Seltenes ist, daß die in Errungenschaftsgemeinschaft lebende Ehefrau nach Vergantung ihres liederlichen, oder den unsinnigsten Unternehmungen nachjagenden Mannes ihr ganzes fahrendes oder liegenschaftliches Vermögen zur Bezahlung der Schulden aufwenden muß, welche ihr Mann gemacht hat, welche sie nicht verhindern konnte und wozu böswillige Gläubiger gerade deshalb den Mann verleiteten, weil sie wußten, daß die vermögliche Ehefrau ihnen gesetzlich zur Zahlung der Hälfte verhaftet war. Der L. R. S. 1521 a. ist fürwahr der heilloseste im ganzen Landrecht zu benennen, und wie Brauer ihn damit vertheidigen wollte, daß er sagt, der Gesetzgeber müsse für die Gläubiger als unschuldige Dritte sorgen, ist um so weniger einzusehen, als doch die Gläubiger nicht gezwungen sind, dem Ehemann Geld zu leihen, und als sie bei der Oeffentlichkeit der Heirathsverträge sich ja jeden Augenblick nach deren Inhalt erkundigen und damit vor allem Schaden sich wahren können.

Es ist zwar im Archiv III. Abh. XXIV. versucht worden, die Vorschrift des L. R S. 1521 a. dahin zu erklären, daß sich solche nur auf die von der Frau zurückgenommenen Fahrnisse beziehe, und man hat alsdann die Pflicht der Frau, aus ihrem Fahrnißeinbringen die ihr sonst nicht aufliegenden Schulden zu bezahlen, damit vertheidigen wollen, daß dieses ja die Regel der gesetzlichen Gütergemeinschaft seie, und daß sich die Gläubiger bezüglich der Mobilien nicht in der Lage befänden, deren Eigenthümer zu erkennen, sie also nicht wüßten, ob das Fahrnißvermögen der Ehegemeinschaft vom Mann oder der Frau herrühre.

Allein dagegen ist schon in den Annalen III. Nr. 35 II. mit Recht aufmerksam gemacht worden, daß der L. R. S. 1521 a. zwischen dem rücknehmenden Einbringen keinen Unterschied in dessen fahrender oder liegenschaftlicher Natur macht, und da dieser L. R. S. 1521 a. erwiesenermaßen aus dem altbadischen Recht herkommt, wo ein solcher Unterschied ebenfalls nicht bestand, so ist die gemachte Unterscheidung um so mehr zu verwerfen, als der Herr Verfasser am Schlusse seiner Abhandlung selbst anerkennt, daß ihm aus dem französischen Recht bedeutende Gründe entgegenständen. Nun ist aber dieses französische Recht gerade nur durch den L. R. S. 1521 a. abgeändert worden; dessen Entstehung aus dem alten Recht und sein Wortausdruck weist den Unterschied nicht nach, das französische Recht, d. h. das übrige Landrecht verwirft ihn, und so bleibt von ihm nichts bestehen. Wenn darauf Gewicht gelegt werden will, daß die Gläubiger den Eigenthümer der Mobilien einer Ehegemeinschaft nicht kennten, so ist dieses um so gewichtloser, als bei der Errungenschaft der Ehemann als Eigenthümer des Vermögens gesetzlich erscheint, indem die eingebrachte Fahrniß nicht gerade im Stück zurückgefolgt werden muß, sondern das, was nicht mehr vorhanden ist, im Werth des Einbringens ersetzt wird. Ueberdies wird man nur etwa von jenem Gläubiger sagen können, der auf ein Faustpfand lieh, daß er rücksichtlich einer bestimmten Fahrniß sein Geld hergegeben hat, und so läßt sich nicht einsehen, wie ein Gläubiger damit ein Recht gegen die eine Ersatzforderung machende Ehefrau zur Bezahlung einer Schuld des Manns begründen will, daß er sagt, ich konnte nicht der Hauseinrichtung meines Schuldners ansehen, ob sie von ihm oder von der Frau herkömmt. Die Ehefrau kann ihm gewiß entgegenhalten, daß er sich darum hätte erkundigen können, ob sein Schuldner mit oder ohne Heirathsvertrag, und nach welchem Gedinge verheirathet seie.

Daß die Frau aus ihrem Fahrnißeinbringen die Gemeinschaftsschulden zahlen müsse, ist allerdings die Vorschrift der gesetzlichen Gütergemeinschaft, allein gerade davon macht das Gesetz (abgesehen vom L. R. S. 1521 a.) bei der Errungenschaftsgemeinschaft eine gesetzliche Ausnahme, und diese Ausnahme wirkt alsdann eben so gesetzlich, als die Regel da gesetzlich wirkt, wo die Ausnahme nicht eintritt. Eine überall bestehende Pflicht der Frau, von ihrem Fahrnißvermögen die Schulden des Mannes zu bezahlen, gibt es nicht, sonst müßte auch das Gedinge der Nichtgemeinschaft, und selbst das Gedinge des ehesteuerlichen Rechts, unter dieser Pflicht um so mehr stehen, als dorten nirgends gesagt ist, daß die Frau von ihrem zurückgenommenen Fahrnißeinbringen keine persönlichen Schulden des Mannes zahlen müsse, und wenn der Grund der Befreiung der Frau von dieser Pflicht in den eben angeführten Fällen, wo der Gläubiger den Mobilien auch nicht den Eigenthümer ansehen kann, darin liegt, weil sie ihre Fahrnisse nicht in die Gemeinschaft gebracht hat, so gilt ganz der gleiche Grund für die Errungenschaftsgemeinschaft, denn auch in ihr bringt die Ehefrau ihr Eigenthum an Fahrnissen nicht in die Gemeinschaft. Uebrigens ist der behauptete Satz nicht einmal bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft richtig, denn wenn der Ehefrau eine Fahrnißerbschaft unter dem Gedinge gegeben ist, daß sie nicht in die

Digitized by Google

Gemeinschaft fallen solle, so zieht sie bei Entschlagung von der Gemeinschaft Fahrnisse aus dem gemeinschaftlichen Vermögen im Stück oder im Werth des Einbringens zurück, und hat doch darauf hin keine Gemeinschaftsschulden zu zahlen.

Im entgegengesetzten Sinn hat man es im Archiv III. Abh. XVI. versucht, den L. R. S. 1521 a. damit zu umgehen, daß man der Ehefrau auch bei der Errungenschaft freigibt, sich der Gemeinschaft zu entschlagen, und daß man sie alsdann von allem Beitrag zu den ihr nicht persönlichen Schulden der Gemeinschaft entbindet. Ich bestreite nun keineswegs meinem verehrten Freund die Zulässigkeit der Entschlagung, allein ich kann mich bei dem bestimmten Ausdruck und der aus Brauers Erläuterungen unverkennbar zu entnehmenden Absicht nicht überzeugen, daß man die Folgen der Entschlagung so weit ausdehnen darf. Gerade um die Ehefrau unter allen Verhältnissen zur Bezahlung der Hälfte der ihr sonst nicht aufliegenden Gemeinschaftsschulden zu verbinden, ist der Zusatz 1521 a. gemacht worden, auch durch Entschlagung kann sie sich davon nicht befreien, und nur das ist als die Folge der Entschlagung zuzugeben, daß der Ehemann zuerst ausgeklagt seyn muß, und daß die Ehefrau gegen ihn wieder Vergütung für die bezahlte Hälfte der sie sonst nicht treffenden Gemeinschaftsschulden verlangen kann. Der L. R. S. 1521 a. ist nur im Interesse der Gläubiger gemacht, ändert nichts an den Verhältnissen der Eheleute unter sich, und da der Ehemann nach L. R. S. 1484 für alle Gemeinschaftsschulden, für das Ganze verhaftet ist, so ist dieses sein Antheil nach L. R. S. 1521 a., der also zuerst ausgeklagt seyn muß, und welcher nach Analogie des L. R. S. 1431 der Frau ein Recht der Vergütung mit sich führt.

Weder auf diese noch auf eine andere Weise der Auslegung wird daher dem L. R. S. 1521 a. beizukommen seyn, er muß präventiv auf die Seite und außer Anwendung gesetzt werden.

Forscht man nach den Gründen der Eingehung einer Errungenschaftsehe, so liegen sie offenbar darin, daß der eine oder der andere Ehegatte, meistentheils die Braut, ein bedeutendes Fahrnißvermögen schon besitzt oder noch zu erwarten hat, welches er nicht in die Gemeinschaft fallen lassen will, während er doch nicht verkennt, daß durch das Gewerbe des andern Ehetheils in der Ehe jährlich so viel errungen wird, daß der Betrag dieses Gewerbeeinkommens dem Ertrag des eigenen Fahrnißvermögens gleichsteht oder nahe kommt. Er wird also zwar das Eigenthum seines Fahrnißvermögens behalten, dessen Ertrag aber allerdings in die Gemeinschaft einwerfen, und so die Gemeinschaft nur auf die Errungenschaft beschränken wollen. Dieses kann nun durch das Gedinge der Errungenschaftsehe nach L. R. S. 1498 oder auch durch das Gedinge des Ausschlusses aller gegenwärtigen und künftigen Fahrniß nach L. R. S. 1500 erreicht werden, indem letzteres Gedinge nach L. R. S. 1504 a. die Ehe zur bloßen Errungenschaftsgemeinschaft bestellt. Allein eben weil nur der Ausschluß aller Fahrniß das Gedinge der Errungenschaft mit sich führt, also die Ehefrau auch mit diesem Gedinge unter die schlimmen Folgen des L. R. S. 1521 a. fällt, so liegt ihr der Weg zur Umgehung dieser schlimmen Folgen damit nach dem letzten Absatz des L. R. S. 1500 ganz nahe, daß sie nur einen Theil der Fahrniß in die Gemeinschaft einwirft, wodurch alle übrige Fahrniß ihr vorbehalten, und gleichwie die Liegenschaften ihr sondereigenes Vermögen bleibt. Bei diesem Gedinge der Verliegenschaftung der Fahrniß wird also unter den Ehegatten die gesetzliche Fahrnißgemeinschaft eingegangen, und an deren gesetzlichen Folgen nur das durch ein vom Gesetz ausdrücklich erlaubtes Gedinge geändert, daß nicht alle Fahrniß in die Gemeinschaft fällt. Gerade so gut nach L. R. S. 1401 Nr. 1 ein Dritter den Ausschluß von Fahrniß aus der gesetzlichen Gütergemeinschaft bedingen kann, ohne daß sich dann die gesetzliche Gemeinschaft weiters, als in dem Bestand des Gemeinschaftsvermögens ändert, eben so gut kann es sich jeder Ehegatte allein oder beide gegenseitig bedingen, und eben weil dieses Gedinge eine erlaubte Modification der Fahrnißgemeinschaft ist, so kann darin um so weniger eine unerlaubte Umgehung eines Gesetzes erblickt werden, als ja dieses Gedinge in dem öffentlichen Heirathsvertrag ausdrücklich enthalten seyn muß, also kein geheimes Vertragsbedingniß zu nennen ist. Nach L. R. S. 1528 geht aber jede Modification der gesetzlichen Gütergemeinschaft nur so weit, als der Inhalt der Modification selbst sich erstreckt, der Inhalt des Gedinges der theilweisen Verliegenschaftung der Fahrniß geht nach L. R. S. 1500 ausdrücklich und stillschweigend nur auf den Bestand des Gemeinschaftsvermögens, alle sonstigen Regeln der gesetzlichen Fahrnißgemeinschaft bleiben bei dem Gedinge der theilweisen Verliegenschaftung der Fahrniß in Kraft, und gar nicht zu bestreiten ist es, daß also bei diesem Gedinge die Frau im Falle einer Verrungenschaft sich der Gemeinschaft entschlagen, ihr verliegenschaftetes Fahrnißvermögen nach L. R. S. 1503 im Werth zurückfordern kann und von allem Beitrag zu den Gemeinschaftsschulden in Zurücklassung des nach L. R. S. 1500 zugesagten Einbringens befreit bleibt. Selbst in Annahme der Gemeinschaft kann sie in Benutzung des L. R. S. 1483 sich von einem Beitrag zu den Gemeinschaftsschulden aus ihrem vorbehaltenen Fahrnißvermögen frei machen. Daß der L. R. S. 1521 a. der Frau bei diesem Gedinge nicht entgegen gehalten werden kann, folgt insbesondere daraus, daß er sich selbst

Digitized by Google

nur bei der bloßen Errungenschaftsgemeinschaft für anwendbar erklärt, und daß nach L. R. S. 1504 a. nur dann eine bloße Errungenschaftsgemeinschaft eintritt, wenn alle Fahrniß verliegenschaftet wurde. Auch der L. R. S. 1514 a. kann der Ehefrau nicht entgegengehalten werden, weil er sich nur auf das Gedinge bezieht, wo die Ehefrau das in die Gemeinschaft eingebrachte Vermögen schuldenfrei zurück ziehen will, und weil ja hier die Frau das eingebrachte Vermögen, die nicht verliegenschaftete Fahrniß, in der Ehegemeinschaft dann zurücklassen muß, wenn sie sich derselben entschlägt.

Es ist hiernach nicht zu bezweifeln, daß sich die Ehefrau durch das Gedinge der theilweisen Verliegenschaftung der Fahrniß alle Vortheile der Errungenschaftsgemeinschaft sichert, ohne deren schlimme Folgen zu überkommen, und da selbst eine noch so geringe Einwerfung von Fahrniß in die Gemeinschaft die Verliegenschaftung aller Fahrniß, also die bloße Errungenschaftsgemeinschaft beseitigt, so sollten alle Verfasser von Heirathsverträgen, da wo man eine Errungenschaft beabsichtigt, die Braut fragen, ob sie dabei auch sich bewußt und Willens ist, im Falle einer Einbuße mit ihrem eigenen Vermögen die Hälfte der Schulden des Ehemanns zu tragen. Sie wird gewiß dieses verneinen, und dann keinen Anstand nehmen, das Gedinge der theilweisen Verliegenschaftung zu wählen, welches allein nur ihren Absichten entspricht. Es ist dabei nur die Vorsicht im Ausdruck des Heirathsvertrags zu beobachten, daß darin nicht nur die nicht eingeworfene gegenwärtige, sondern auch die künftig anfallende Fahrniß ausgeschlossen wird, denn obschon nach L. R. S. 1500 bei der Einwerfung einiger fahrenden Habe alles Uebrige für vorbehalten stillschweigend erklärt wird, und obschon der L. R. S. 1503 ausdrücklich sagt, daß der Ehegatte nach aufgelöster Gemeinschaft so viel zurücknehmen darf, als die im Anfang der Ehe eingebrachte, oder nachher ihm angefallene Fahrniß sein zugesagtes Einbringen übersteigt, so hat sich doch unter den Rechtslehrern die Meinung gebildet, daß der Ausschluß der weitern Fahrniß bei Eingehung der Ehe sich nur auf die damals vom Ehegatten besessene Fahrniß bezieht, und also die künftig anfallende Fahrniß doch in die Gemeinschaft fallen würde. Um sicher zu gehen, hat man daher des Ausschlusses der künftig anfallenden Fahrniß ausdrücklich im Ehevertrag zu erwähnen. Da übrigens bei dem Gedinge der Verliegenschaftung der Fahrniß jedenfalls die Nutznießung des verliegenschafteten Fahrnißvermögens, wie von den sonst schon vorbehaltenen Liegenschaften, in die Gemeinschaft fällt, so leidet auch die gesetzliche eheliche Nutznießung bei diesem Gedinge keine Aenderung, sondern tritt eben so gut als wie bei der gesetzlichen Fahrnißgemeinschaft ein.

Es gibt aber auch noch einen andern gesetzlichen Weg, eine Errungenschaftsgemeinschaft zu bedingen, und dabei dem L. R. S. 1521 a. doch zu entgehen.

Nach L. R. S. 1581 können Ehegatten, welche sich nach ehesteuerlichem Recht geheirathet haben, darneben eine Gemeinschaft der Errungenschaft bedingen. In dem ehesteuerlichen Recht liegt für die Ehefrau ohnedies die Befugniß, all ihr als Ehesteuer eingebrachtes und das zugebrachte Vermögen zurückzuziehen, ohne für irgend Schulden ihres Ehemannes verhaftet zu seyn. Wird nun damit das Gedinge der Errungenschaft verbunden, so muß denn freilich auch der Ehemann vor Eingehung der Ehe sein Vermögen inventarisiren lassen, indem sonst alles nicht durch gehörige Inventarien als sein Eigenthum ausgewiesenes Vermögen, bei dem Umstand, wo die Ehefrau ohnedies ein Verzeichniß ihres Einbringens besitzt, als errungen angesehen und gleichheitlich getheilt wird. Ist aber nach Auflösung der Ehe keine Errungenschaft vorhanden, so kann sich die Ehefrau auch hier der Gemeinschaft derselben entschlagen, und ihre Ehesteuer alsdann schuldenfrei zurückziehen, weil an deren rechtlicher Natur durch das Gedinge der Errungenschaft sonst nichts geändert wird. Daß bei dieser Entschlagung die Vorschrift des L. R. S. 1521 a. nicht gegen die Ehefrau wirkt, folgt schon daraus, daß hier die Ehe in Beziehung auf ihr gesammtes Vermögensgedinge keine bloße Errungenschaftsgemeinschaft ist, sondern als die Vereinigung des ehesteuerlichen Rechts mit der Errungenschaftsgemeinschaft erscheint. Ueberdies führt auch der L. R. S. 1581 unter den anwendbaren Vorschriften über die Errungenschaftsgemeinschaft nur die L. R. Sätze 1498, 1499 an, schließt also den L. R. S. 1521 a. davon aus, was auch Brauer in seinen Erläuterungen zu L. R. S. 1581 ausdrücklich anerkennt und lehrt. Er geht selbst so weit, zu behaupten, daß auch mit der Nichtgemeinschaftsehe des L. R. S. 1530 das Gedinge der Errungenschaftsgemeinschaft verbunden werden könne, ohne daß alsdann der L. R. S. 1521 a. eintrete. Allein wenn man bedenkt, daß das Gedinge der Nichtgemeinschaft durch das Gedinge der Errungenschaftsgemeinschaft theilweis wieder aufgehoben wird, so möchte das Gedinge der bloßen Errungenschaft und das Gedinge der Nichtgemeinschaft, in Verbindung mit der Errungenschaftsgemeinschaft, nicht sehr wesentlich von einander verschieden seyn, und alsdann könnte leicht in dieser, vom Gesetz nirgends gebilligten Vereinigung beider Gedinge eine unerlaubte Umgehung des Gesetzes des L. R. S. 1521 a. entdeckt werden, welche der Richter nicht beschützen wird. Es ist daher die Vereinigung des Gedinges der Errungenschaft mit dem der Nichtgemeinschaft nicht anzurathen, sondern das Gedinge des L. R. S. 1581, insbesondere aber das der theilweisen Verliegenschaftung der Fahrnisse vorzuziehen, weil bei letzterer auch die Folgen des Gedinges hinsichtlich der gesetzlichen ehelichen Nutznießung am sichersten und unbestrittensten sind.

Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 9. September 1837.

I.

Ueber die Zurechnungsfähigkeit des Mörders Nathan B. von Kr., als Erwiederung auf den von Sander unterzeichneten Aufsatz in Nr. 17 der diesjährigen Annalen der großherzogl. badischen Gerichte.

Der vielfache Streit, welchen, nach Angabe des Verfassers dieses Aufsatzes, das Gutachten der Sanitätscommission über diesen Criminalfall bei der Deliberation des Hofgerichtes verursachte, indem Einige vollkommene Unzurechnungsfähigkeit, Andere gänzliche Zurechnungsfähigkeit, die Meisten aber gemilderte Zurechnungsfähigkeit anerkannten, veranlaßte denselben, nicht nur dieses Gutachten einer scharfen, in ihrem Resultate sehr ungünstigen Kritik zu unterwerfen, und dasselbe als ein in seiner wörtlichen Fassung doppeltschneidiges zu bezeichnen, sondern auch den Fall selbst zu begutachten, und dadurch das Votum Desjenigen zu begründen, welcher, der Einzige, einen vorbedachten Todtschlag anerkannte und auf Todesstrafe stimmte. Die Nichtübereinstimmung seines eigenen Gutachtens mit dem der Sanitätscommission führt dann zuletzt den Verfasser auf die, von ihm verneinend beantwortete Frage: ob der Richter an den Ausspruch der Aerzte über die Zurechnungsfähigkeit eines Inquisiten unbedingt gebunden sei, oder nicht?

Da es hier weniger meine Absicht ist, das Gutachten der Sanitätscommission in allen seinen Theilen zu begründen und zu rechtfertigen, zu welchem Behufe ich nothwendig eine ganz vollständige und getreue Relation voranstellen müßte, als vielmehr nur die Kritik des Herrn Sander zurückzuweisen, so werde ich mich darauf beschränken, nur das zu vertheidigen, was dieser angreift, und daher auch die Relation desselben nur in so weit zu berichtigen und zu ergänzen, als ich es zu diesem Zwecke für nothwendig erachte. Gelegentlich werde ich sodann auch noch einen kritischen Blick auf das Gutachten des Herrn Sander werfen, und in Kurzem meine Ansicht über die Beantwortung der demselben angehängten Frage aussprechen.

Zwei Momente sind es, welche die Sanitätscommission als Basis ihres Gutachtens aufstellt, und die Herr Sander als unerwiesene, selbsterschaffene Unterstellungen erklärt, nämlich die fixe Idee des Inquisiten: daß ihm kein Glück mehr blühe, das ihm nichts mehr gelinge, seitdem die Deige, seine Schwägerin, ihr unteres Haus bezogen, und der Zustand der Betrunkenheit desselben während der That.

Die Annahme der fixen Idee beruht lediglich auf aktenmäßig erwiesenen Thatsachen. Inquisit sagte nämlich ungefähr vier Wochen vor der That zum Zeugen S. St., ich bin heute über Feld gewesen, konnte aber nichts handeln, und es will mir kein Glück mehr blühen, seitdem das Haus (seines Bruders Jacob B.) dasteht, und ich will das meinige verkaufen. Ganz dasselbe, nur in viel aufgeregterem Zustande und mit anderen Worten, sagte er neun Tage vor der That dem Zeugen G. Sch., indem er auf die Frage des letztern: „ob er einen guten Markt in Wössingen gehabt habe," erwiederte: „wie kann ich einen guten Markt haben!? ich weiß mir nicht mehr zu helfen seit die Deige da wohnt." Noch deutlicher und umständlicher sprach Nathan diese Ueberzeugung nach der That, im Verhör, gegen seinen Untersuchungsrichter aus, wo er zwar läugnet, dem Zeugen Sch. gesagt zu haben: es sei ihm nicht mehr zu helfen, seitdem die Deige da wohnt und sie oder er müsse da weg, jedoch zugesteht, dem Lehrer St., dem Gemeindsdiener und dem Bürgermeister gesagt zu haben: daß er sein Haus hergeben wolle, weil er kein Glück mehr habe, seitdem die Deige da wohnt, und wo er dies sodann auf folgende Weise dem Untersuchungsrichter erklärt: „ich war vorher doch auch ein armer Mann, habs aber doch immer durchgebracht; seitdem sie aber da war, wollte nichts mehr gelingen; die Deige hat mir zwar nichts zu Leid gethan, aber es wollte mir halt nichts mehr glücken; einmal war ich krank, das anderemal die Kuh, und was ich halt angefangen habe, ging mir nicht nach Wunsch."

Diese actenmäßig erwiesenen, übereinstimmenden, gegen verschiedene Personen, unter verschiedenen Verhältnissen,

Digitized by Google

vor und nach der That, im betrunkenen und nüchtern Zustande gemachten Aeußerungen des Inquisiten, widerlegen schon an und für sich die Behauptung des Herrn Sander, daß nur ein Zeuge aussage: „Inquisit habe sich geäußert, daß ihm kein Glück mehr blühe, seitdem die Deige da wohne; daß Inquisit selbst davon nichts wissen wolle, nirgends sonst von dieser fixen Idee etwas merken lasse, sich nirgends darauf berufe, und daß kein Mensch vor oder nach der That etwas davon wisse;" und da sonst nirgends in den Acten eine Stelle nachzuweisen ist, wo Inquisit über sein Verhältniß zur Deige sich auf eine andere Weise ausgesprochen hätte, so muß wohl die Annahme einer fixen Idee in dieser Beziehung als hinlänglich gerechtfertigt erscheinen.

Daß Herr Sander hier in diesem Falle nicht fand, was man nach seiner Behauptung bei allen in fixen Ideen vollführten ähnlichen Tödtungen anderer Menschen findet, nämlich das Hervortreten des Thäters mit seiner fixen Idee unmittelbar nach der That, und die Beruhigung desselben, daß er nunmehr dem Getödteten, dem er wohlwollte, zu seinem Glücke geholfen hat, liegt in der Natur der Sache; denn einmal ist ja überhaupt hier von einer in fixer Idee vollführten Tödtung gar nicht die Rede, da die fixe Idee des Nathan mit dem von ihm vollführten Morde nicht in nothwendigem und unmittelbarem, sondern nur in mittelbarem Zusammenhange steht, auch die Mitwirkung anderer ursächlicher Momente nicht zu verkennen ist, und zum andern hat dieser Fall mit jenen, von welchen Herr Sander hier spricht, und wo die im fixen Wahn Befangenen ihre eigenen Kinder, Anverwandte, oder sonst geliebte Menschen tödten, um sie dem diesseitigen Elende und Verderben zu entziehen, oder ihnen auf kürzestem und sicherstem Wege zur ewigen Glückseligkeit zu verhelfen, gar keine Aehnlichkeit. Die fixe Idee des Nathan bestand lediglich in der Ueberzeugung: daß ihm nichts mehr gelinge, daß ihm kein Glück mehr blühe, seitdem die Deige in ihrem neuen Hause wohnt; und der geheime Groll desselben gegen die Deige, so wie der, wenigstens in betrunkenem, oder durch weingeistige Getränke aufgeregten Zustande kund gegebene Wunsch, sich derselben zu entledigen, erscheint um so mehr als natürliche Folge dieser fixen Idee, als sonst nirgends eine andere Ursache desselben aufzufinden ist. Zwar scheint Inquisit sein Unglück vielmehr einem übelwollenden Schicksale, welches durch die Deige ihn verfolgt, als der persönlichen Feindseligkeit der Deige selbst zuzuschreiben, indem er auf der einen Seite nicht nur das Mißlingen aller seiner Unternehmungen, sondern auch sein Erkranken, und sogar das seiner Kuh als Folge des Dawohnens der Deige bezeichnet, und auf der andern dieser selbst doch wieder die Gerechtigkeit widerfahren läßt, daß sie ihm nichts zu Leid gethan, daß er nie Streit mit ihr gehabt, und daß sie ihm nie Vorwürfe gemacht habe; allein der rohe Mensch, den weder Religion noch Grundsätze und Geistesbildung über sein Unglück erheben, haßt eben auch die unschuldige Ursache desselben. Wie sollte man nun hier ein Wohlwollen gegen das unglückliche Schlachtopfer, die Beruhigung darüber, daß ihm nun zu seinem Glücke verholfen sei, und die nothwendige Selbstaufopferung, um ihm dies Glück zu verschaffen, finden, wo man nur die Beruhigung darüber, daß das verhaßte Hinderniß alles Glückes und Gedeihens nun beseitigt ist, so wie das Bestreben suchen kann, nun auch die Früchte dieser günstigen Veränderung zu genießen, und zu diesem Ende alle Schuld von sich abzuwälzen? In der That finden wir auch das Benehmen des Inquisiten während der Untersuchung ganz so, wie es unter solchen Verhältnissen zu erwarten war. Er zeigt keine Reue über seine That, ist ganz ruhig, nur mit dem Wohle seiner Kinder beschäftigt, weil er überzeugt ist, daß es nun besser mit ihm gehen werde; er läugnet die That nicht, weil er wohl einsieht, daß sie nicht zu läugnen ist, und weil er hofft, daß man dieselbe einem Anfalle von wahnsinniger Tollheit zuschreiben werde, und erst nach dem Verschwinden dieser Hoffnung ergreift er das letzte Rettungsmittel, und läugnet die That; in seinen Verhören ist er aufmerksam und umsichtig, antwortet stets ruhig und unbefangen, ist aber doch sichtbar in sich gekehrt und ergriffen bei jeder Frage über die Gründe seiner That, weil diese Frage die wundeste Stelle seines Gewissens berührt, indem er, obschon zur wirklichen Vollführung der That durch unbezwinglichen wilden Drang hingerissen, doch des geheimen sündhaften Treibens sich bewußt ist. — Daß endlich Herr Sander die Unterstellung einer fixen Idee bei dem Inquisiten um so auffallender findet, als das Benehmen desselben während der Untersuchung, der planmäßige Widerruf seines Geständnisses ꝛc. sicher nachweisen, daß er vollkommen geistesgesund war, beweist lediglich nur, daß Herr Sander über den Begriff einer fixen Idee nicht im Reinen ist; denn wäre er es, so müßte er wissen, daß ein lediglich mit fixer Idee Behafteter ausschließlich nur in Bezug auf den Gegenstand dieser fixen Idee verrückt, in jeder andern Beziehung aber so vollkommen geistesgesund ist, als er es, abgesehen von dieser partiellen Verrücktheit, je gewesen war. Da nun nach der Aussage aller Zeugen Inquisit im nüchternen Zustande ohne Ausnahme ganz ordentlich und verständig, nach der seines Bruders Bärle sogar gescheidter als alle seine Brüder war, so ist nicht einzusehen, warum er während der Untersuchung nicht eben so verständig und gescheidt seyn sollte in Allem, was nicht den Gegenstand seiner fixen Idee betrifft, und es liegt mithin eben so in der Natur der Sache, daß

Digitized by Google

Inquisit mit Umsicht, Scharfsinn und Beharrlichkeit alle Momente zu seiner Rettung auffaßte, während er in Bezug auf sein Verhältniß zur Deige dem Untersuchungsrichter erklärte: „nichts habe ihm eben mehr geglückt, und wenn nicht er selbst, so sei doch seine Kuh krank gewesen, seitdem die Deige da unten wohnte.“ Zeigt denn nicht eine Menge von Beobachtungen, daß mit fixer Idee Behaftete viele Jahre hindurch wichtigen Aemtern mit dem besten Erfolge vorstanden, und sehen wir nicht oft genug Menschen, die, mit vielem Wissen viel Talent verbindend, dennoch mit fixer Idee behaftet sind, und wenn es auch nur die wäre: daß sie auch das wissen, was sie nicht wissen, und daß Verstand und Einsicht eine Domäne sind, die ihnen ausschließlich und allein zugehört? — Wollte ich zuletzt, was nicht in meiner Aufgabe liegt, hier noch die Ursachen der Entstehung und Ausbildung dieser fixen Idee zu entwickeln suchen, so würde ich sehr gewichtige Momente finden, einestheils in der Zerrüttung der Vermögensverhältnisse des, nach Aussage der Zeugen von Neid und Mißgunst nicht ganz freien, Inquisiten, welche in demselben Maße zunahm, als der Wohlstand seines Bruders, des Mannes der Deige, sich vermehrte, und seit ungefähr drei Vierteljahren, als wie lange die Deige beiläufig in dem neuen Hause wohnte, den höchsten Grad erreicht hatte; anderntheils in der, durch (seit drei Vierteljahren fast anhaltende) Kopfschmerzen und in hohem Grade düstere Gemüthsstimmung (von den Zeugen mit Melancholie bezeichnet) sich beurkundenden, krankhaften Stimmung des Körpers und Geistes desselben, der natürlichen und nothwendigen Folge seiner, seit zwei Jahren anhaltenden Trunksucht; und endlich in der durch die Erfahrung nachgewiesenen Anlage solcher Trunksüchtigen zu Geisteskrankheiten überhaupt, welche wir so oft unter der Form des sogenannten Säuferwahnsinns auftreten sehen, so wie in der Neigung derselben, das in Folge dieser Sucht über sie hereinbrechende Unglück und Elend vielmehr dem Eigensinn des Schicksals oder übernatürlichen Einwirkungen, als ihrer eigenen Unfähigkeit und Liederlichkeit zuzuschreiben.

Was nun die Trunkenheit des Inquisiten während der That betrifft, so beruht die Annahme derselben einestheils auf den Aussagen beeidigter Zeugen, anderntheils auf der nachgewiesenen Menge geistiger Getränke, welche Nathan am Tage der That zu sich genommen hat, und deren Quantität und Qualität von der Art sind, daß man schon hieraus auf Trunkenheit desselben schließen zu dürfen glaubte. Mehrere Zeugen behaupten, daß Nathan etwas zu viel getrunken hatte, und daß sie dies hauptsächlich von seinen stark hervorstehenden Augen, dem gewöhnlichen Zeichen eines solchen Zustandes bei demselben, entnommen haben; andere wollten an ihm keine förmliche Trunkenheit bemerkt haben. Erstere sind aber solche, welche den Inquisiten durch häufigen Umgang näher kannten, wie dessen Bruder Jacob B. und Elias Baruch, oder solche, bei welchen er sich längere Zeit vor der That aufgehalten und mit denen er sich in ein Gespräch eingelassen hatte, wie Kieser D.; letztere hingegen solche, die ihn in der Wirthsstube des Kronenwirthshauses sahen, wo er, sich ganz ruhig und stille verhaltend, einen Schoppen Bier trank, und nur eine einzige vorlaute Bemerkung machte, über welche er vom Bürgermeister mit einigen Worten zurechtgewiesen wurde. Diese hatten offenbar weder Gelegenheit noch Aufforderung zu näherer Beobachtung des Nathan, da mehrere Menschen in der Stube versammelt waren und Niemand sich in ein Gespräch mit demselben einließ. Abgesehen also davon, daß Letztere nicht läugnen, was Erstere behaupten, nämlich daß Nathan etwas zu viel getrunken hatte, sondern nur bestätigten, was diese ebenfalls angaben; daß er nicht förmlich betrunken war, so müssen doch nothwendig hier die Depositionen der Ersteren, als vollkommen qualificirter Zeugen, die der Letzteren, denen diese Qualification abgeht, an Werth überwiegen, und es kann somit der Annahme, daß Nathan während der That im Zustande der Trunkenheit war, in dieser Hinsicht nichts im Wege stehen. War auch diese Trunkenheit gerade keine vollständige (förmliche nach dem Ausdruck der Zeugen), kein Rausch in höherem Grade, so muß man doch anerkennen, daß es allerwenigstens derjenige Zustand war, den man als niedrigsten Grad des Rausches, als die erste Periode der Trunkenheit allgemein bezeichnet.

Da nun in dieser ersten Periode der Trunkenheit der Mensch bei sich und bei Sinnen, seines äußern Zustandes sich bewußt ist; da Selbstbewußtseyn, Vernunftgebrauch und Freiheit in derselben nicht aufgehoben, höchstens nur leicht und vorübergehend getrübt sind, so konnten die Zeugen auch nur solche Zeichen der Trunkenheit bei Nathan wahrnehmen, welche zu erkennen gaben, daß er wohl wisse, was er thue, daß seinem vernehmlichen Sprechen kein Hinderniß im Wege stehe, und es ist nur auffallend, daß Herr Sander gerade hierin einen Beweis der Nichtbetrunkenheit des Inquisiten gefunden zu haben glaubt, indem daraus hervorgeht, daß derselbe nur einen Grad der Trunkenheit kennt, den höchsten nämlich, wo der Mensch nicht mehr weiß, was er thut, und wo er nicht mehr vernehmlich und verständlich sprechen kann.

Daß übrigens Nathan keineswegs seine Trunkenheit als hauptsächlichen Entschuldigungsgrund seiner That vorgebracht, sondern nur im zweiten Verhöre und beiläufig angegeben hat; daß er nirgends im fernern Verlaufe der Untersuchung auf dieselbe sich berufen hat, was Herr Sander ebenfalls als gegen die Trunkenheit desselben zeugend an-

Digitized by Google

führt, kann hier gerade deshalb um so weniger einige Berücksichtigung verdienen, weil das Bestreben des Inquisiten ja offenbar dahin ging, die That als in einem Anfalle von Manie geschehen darzustellen, die er ohne Zweifel und aus guten Gründen als Entschuldigungsgrund dem Rausche weit vorzog.

Den zweiten Beweggrund zue Annahme der Trunkenheit des Inquisiten während der That betreffend, so ist zwar im Allgemeinen duechaus nicht zu bestimmen, welche Quantität weingeistiger Getränke dazu erfordeelich sei, um bei einem Manne im mittlern Altee Betrunkenheit zu bewirken, indem Gewohnheit, Körperkonstitution und Temperament unendliche Modificationen in dieser Hinsicht bedingen, und auch ein und derselbe Mensch, je nach seinee jedesmaligen körperlichen und geistigen Stimmung bald mehr, bald weniger Empfänglichkeit für die Einwiekung derselben hat. Wenn man aber bedenkt, daß Nathan schon am 13. Juli stark betrunken war, so daß er noch den ganzen 15. unter häufigen Klagen über Wehseyn und öfterem Erbrechen im Bette zubrachte, auch noch am 16. Moegens, bei sehr üblem Aussehen über starkes Kopfweh sich beklagte, und daß er dann dennoch an diesem Tage, ohne sich vom vorigen Rausche gänzlich erholt zu haben, von Morgens acht bis Abends sieben Uhr nicht weniger als drei Schoppen 1834er Weines, etwas über drei Viertelschoppen Beanntwein und einen Schoppen Bier getrunken hat, ohne auch nur das mindeste Nahenngsmittel zu sich zu nehmen; wenn man ferner berücksichtigt, daß geistige Getränke ihre berauschende Wirkung um so kräftiger entwickeln, je weniger der sie Genießende zu gleicher Zeit ißt, so wied man wenigstens nicht veranlaßt seyn, die Deposition der Zeugen: daß Nathan zu viel getrunken gehabt, zu bezweifeln, sollte man auch die genossene Quantität geistiger Getränke an und für sich mit Heren Sander als eine geringe betrachten, was sie doch wahrlich, und namentlich in gehöriger Berücksichtigung der Qualität, nicht ist. Herr Sander erwähnt übrigens nichts davon, daß Nathan seit zwei Jaheen (nicht erst seit deei Vierteljahren) dem Trunke ergeben war; und da Gliederzittern und Wassererbrechen zwar häufige und gewöhnliche, aber nicht ausschließliche Folgen der Teunksucht sind, auch Blödsinn doch wohl nue in seltenen Fällen und nur bei ganz alten veehäeteten Säufern beobachtet wied, so hat er aus dem Nichtvorhandenseyn dieser einzelnen Zufälle irrigerweise den Schluß gezogen: „daß Nathan durch seine Trunksucht noch gar nicht köeperlich und geistig angegeiffen war;“ er hat sodann daraus, daß Inquisit durch seine Trunksucht noch gae nicht körpeelich und geistig angegriffen war, gefolgeet: „daß man von einer Trunkenheit desselben bei der That gar nicht sprechen könne,“ und somit die zu einer Widerlegung nicht geeignete Behauptung aufgestellt: daß ein Mensch, der nicht an den Folgen der Trunksucht leidet, von einer, wenn auch mäßigen, Quantität geistigen Getränkes gae nicht betrunken werden könne. Indem er zuletzt die Kopfschmeezen des Nathan als die jeweiligen Folgen öfteeer Trunkenheit, als einen oftmaligen Katzenjammer erklärt, widerspricht er sich selbst, da er hier zugibt, was er oben läugnete, nämlich das körperliche Angegriffenseyn des Nathan, in Folge seiner Teunksucht. —

War abee auch in vorliegendem Falle der Rausch nur ein Rausch im niedeigsten Grade, wo denn doch jedenfalls Körper und Geist aufgeregt, Vorstellungen, Gefühle, Empfindungen lebhafter sind, die Einbildungskraft thätiger ist, und wo, eben weil die Reizbaekeit gesteigert ist, und der rasche Wechsel dee Vorstellungen ruhige Ueberlegung und Besonnenheit stört, Gemüthsbewegungen und Leidenschaften leichter als sonst entstehen, so muß ihm nothwendig in Bezug auf die Eigenthümlichkeit des Inquisiten eine ganz besondere Bedeutung und Wichtigkeit zukommen, wenn man erwägt,

1) daß Inquisit, nach dem übereinstimmenden Zeugnisse seiner Verwandten und Bekannten, so wie der Orts- und Synagogenvorstände, so verständig und ordentlich er auch im nüchternen Zustande stets wae, doch *immer* im angetrunkenen oder betrunkenen sich sehr aufgeregt zeigte, närrisches Zeug machte, sich wie ein Verrückter gebärdete, und namentlich in den letzten drei Vierteljahren viel von Eeschießen und Ersäufen spaech;

2) daß diese Zeugnisse ihre volle Bestätigung finden in meheeren Voefällen (z. B. im September und December 1834, im Frühjahr 1835, und selbst noch zwei Tage vor der That, am 14. Juli), welche, wenn man auch zugibt, was wahrscheinlich ist, nämlich daß mitunter auch, um gewisse Zwecke dadurch zu eereichen, Verstellung ihnen zu Grunde lag, immeehin doch eine transitorische, duech geistige Getränke hervorgebeachte Geistesstörung bei dem Inquisiten beurkunden, welche bald unter der Foem von Verrücktheit, bald unter andern Formen von Seelenstörung auftrat;

3) daß endlich bei allen diesen Vorfällen Nathan nicht stäeker betrunken war, als am Tage der That selbst, indem er nach Angabe der Zeugen, welche übeeeinstimmend ihn füe betrunken hielten, dennoch inmitten seines verrückten Benehmens wieder so verständig wie irgend Jemand sprach (wie bei dem Voefalle in J. Grüns Haus, und bei dem Transpoete von Reuthhardt nach Grombach) und sogar durch die raffinieteste List seine Zwecke zu erreichen suchte.

Es wird hieenach keinem Zweifel unteeliegen, daß geistige Geteänke bei dem Inquisiten nicht auf die gewöhnliche, sondeen auf eine ganz eigenthümliche Art wirkten, indem sie, wenn auch nach den gewöhnlichen Zufällen zu

Digitized by Google

urtheilen, in ihren Folgen den ersten Grad des Rausches nicht überschreitend, dennoch eine solche Aufregung und Alteration zur Folge hatten, die nicht selten bis zu momentaner Geistesstörung sich steigerte.

Erwägend nun, daß Inquisit, und zwar lediglich in Folge seiner fixen Idee, gegen die Deige einen wirklichen Groll hegte, daß derselbe aber nicht nur mit diesem Grolle, sondern auch in jenem Grade trunkener Aufgeregtheit, welcher einen vorübergehenden Zustand von Geistesverwirrung bei ihm fast stets zur Folge hatte, am Tage der That in das Zimmer der Deige trat, fand die Sanitätscommission in dem an und für sich ganz unbedeutenden Umstande, daß er beim Eintreten eine bereits berichtigte Schuld von der Hand der Deige mit Kreide auf den Kasten geschrieben fand, und daß letztere ihm seinen Gruß nicht erwiederte, sondern ihm den Rücken kehrte, dennoch einen hinreichenden Grund zur höchsten leidenschaftlichen Aufregung, in welcher Inquisit die That beschloß, und mit gänzlicher Aufopferung seiner selbst auf die grausenerregende Art öffentlich ausführte.

Herr Sander jedoch, dem die entfernte sowohl, als die nächste Veranlassung der That ganz klar vor Augen liegt, ist ganz anderer Ansicht. Es scheint ihm *über allen Anstand* dargethan, daß Inquisit, weil er im nämlichen Grade, zumal seit er sich dem Trunk ergab, seine Vermögensumstände sich verschlimmern, als die seines Bruders Jakob steigen sah, und weil die Deige bei seiner Trunkliebe und Vermögenszerrüttung ihm nicht gewogen seyn *mochte*, seit langer Zeit einen tiefen Groll gegen dieselbe gefaßt hatte, obschon er selbst zugeben muß, daß sie ihm eigentlich nichts zu Leid gethan hat. Diesen tiefen Groll sieht er dann in den oben angeführten drei Zeugenaussagen in immer fort und fort gesteigerter Höhe zu einer wilden Leidenschaft des tödtlichsten Hasses entflammen, der so weit schon ging, daß Inquisit voll Wuth neun Tage vor der That Todesdrohungen ausstieß.

Ich muß gestehen, daß ich mir nicht zutraue, irgendwo eine Beille zu finden, durch welche ich das auch nur dunkel sehen könnte, was so klar vor Herrn Sanders Augen steht. Mir ist es rein unbegreiflich, wie ein geistesgesunder, verständiger, sogar kluger Mensch, als welchen Herr Sander doch den Inquisiten anerkennt; ein im nüchternen Zustande ganz ordentlicher, verträglicher Mensch, als welchen alle Zeugen, so wie geistliche und weltliche Vorstände denselben bezeichnen; endlich ein in die tiefste Armuth versunkener Mensch, aus dem Grunde die Frau seines Bruders hassen könne, weil er das Vermögen dieses Bruders, von dessen Unterstützung er sich und seine Familie ernährt, in dem Grade sich vermehren sieht, als das seinige abnimmt. Es bliebe mir selbst dann noch unbegreiflich, wenn es erwiesen wäre, was Herr Sander vermuthet, und wozu in den Acten auch nicht die entfernteste Andeutung zu finden ist, daß nämlich die Deige dem Inquisiten nicht gewogen war. Woher soll dann noch gar bei einem solchen Menschen die Leidenschaft des tödtlichsten Hasses kommen gegen eine Schwägerin, nach dem Zeugnisse des Gemeinde- und Synagogenraths eine sehr gute, gegen Jedermann freundschaftliche, gegen die Armen milde, dienstgefällige Frau, von deren Unterstützung Inquisit großentheils lebte, die nach seinem eigenen Geständnisse ihm nie etwas vorenthielt, was sein Bruder ihm zuerkannt hatte, die ihm nie Vorwürfe machte, ihm überhaupt nie etwas zu Leid that? Obschon Inquisit selbst aussagt: er habe mit der Deige keinen Umgang gehabt, ihre Gesellschaft nicht geliebt, weil sie ihm zu stolz und vornehm war, so läßt sich doch sonst in den Acten nirgends irgend eine Handlung oder Aeußerung desselben auffinden, aus welcher man auf einen Haß gegen dieselbe schließen könnte, ausgenommen die Aeußerungen gegen die Zeugen S. St., A. K., und G. Sch., aus welchen zwar deutlich ein Groll gegen die Deige und der Wunsch, ihrer los zu seyn, eben so deutlich aber auch der Grund hiervon, nämlich die fixe Idee des Inquisiten, zu entnehmen ist.

Diesen Groll, von dem er nicht im entferntesten einen natürlichen und zureichenden Grund aufzufinden weiß, bei seinen Voraussetzungen auch nicht finden kann, den aber die Sanitätscommission als die natürliche Folge der fixen Idee, aus oben angegebenen Gründen, betrachten zu müssen glaubt, als die entfernte Veranlassung zur That voranstellend, findet nun Herr Sander in dem Umstande, daß Nathan eine schon berichtigte Schuld durch die Hand der Deige mittelst der Anfangsbuchstaben seines Namens auf einem Schranke notirt fand, die nächste und hinreichende Ursache der That, indem er sagt: „Hier in diesem Augenblick hat er den Entschluß, nicht zur That, sondern zu ihrer Ausführung gefaßt; hier mußte ihm, der schon voll des tödtlichen Hasses gegen die Deige war, noch der Gedanke kommen, daß sie durch Anschreibung einer nicht bestehenden Schuld ihn noch um sein Weniges bringen wolle, und in diesem Gedanken mußte sein innerer Kampf, angezeigt durch das Schlagen mit der Hand an seinen Kopf, ein kurzer und damit endigender seyn, daß er nun die schon längst in sich getragene Absicht der Tödtung der Deige zur alsbaldigen Ausführung beschloß.“ — Aber warum *muß* denn dem, wenn auch hassenden, dennoch ganz verständigen, nüchternen, in völliger Geistesfreiheit sich befindenden Nathan durch das mit Kreide geschriebene N. 7 fl. der Gedanke kommen, daß die Deige ihn noch um sein Weniges bringen wolle, da doch noch nie irgend etwas vorgefallen war, das einen solchen Verdacht begründen konnte,

Digitized by Google

da im Gegentheil Nathan durch seinen Bruder, und mit Wissen und Zustimmung der Deige beständig unterstützt wurde, und da eben dieser Bruder durch das Verwischen des Angeschriebenen ohne alle Erwiederung und ohne vorherige Nachfrage deutlich zu erkennen gab, daß er von der Berichtigung der Schuld unterrichtet, und diese daher nur aus Versehen oder Vergeßlichkeit stehen geblieben ist? Und wie sollte das Schlagen mit der Hand an den Kopf den nothwendig kurzen innern Kampf des Nathan bezeichnen, da doch, wie die Acten fast auf jedem Blatte nachweisen, derselbe seit drei Vierteljahren, als wie lange er sehr an Kopfschmerzen litt, unter allen Verhältnissen, hauptsächlich aber im trunkenen Zustande und während der Folgen desselben, sehr häufig sich mit der Hand an den Kopf schlug?

Wer ohne alle Ursache gegen einen seiner nächsten Anverwandten, von dem er nie beleidigt, von dem ihm nie ein Schade zugefügt wurde, von dessen wohlwollender Unterstützung er sogar lebt, Haß und Rache brütet, und wer durch einen Umstand, wie der hier vorliegende veranlaßt wird, diesen seinen Haß durch einen so gräßlichen, im Beiseyn mehrerer Zeugen verübten, nothwendig den eigenen Ruin zur Folge habenden, Mord zu befriedigen, der ist wohl schwerlich ein Geistesfreier; denn Handlungen ohne Motive, der Zeit, dem Ort, den Verhältnissen nicht angemessene, widernatürliche, ungereimte Handlungen sind es doch wohl, woran wir hauptsächlich unfreie persönliche Zustände erkennen. So haben denn auch das Physikat und der hofgerichtliche Medicinalreferent, im lebendigen Gefühle dieser Wahrheit, und nicht beachtend die eigentlichen Motive und ursächlichen Momente dieser That, den Mörder als unzurechnungsfähig erklärt, und unter diesen Verhältnissen mit gutem Gewissen erklären können.

Als Resultat ihrer Untersuchung zur Ausmittlung des persönlichen Zustandes des Inquisiten glaubte die Sanitätscommission annehmen zu müssen:

1) daß Inquisit mit einer fixen Idee behaftet war, welche als natürlicher, aber ausschließlicher Grund des gegen die Deige gehegten Grolles oder Hasses sich darstellt;

2) daß derselbe während der That im Zustande der Angetrunkenheit, des ersten Rauschgrades sich befand, einem Zustande, welcher bei ihm eigenthümlicher- und krankhafterweise eine vorübergehende, unter verschiedenen Formen sich manifestirende Geistesverwirrung in der Regel zu bedingen pflegte;

3) daß bei dem, durch diese beiden Momente bedingten, an und für sich schon unfreien, persönlichen Zustande des Inquisiten auch der an sich ganz unbedeutende leichte Anreiz durch vermeintliche Beleidigung schon hinreichend war, um diesen Groll bis zur heftigsten Leidenschaft zu steigern, in welcher denn auch die gräßliche That beschlossen und ausgeführt wurde.

Wenn nun dieses Resultat, hervorgegangen aus reiflicher und umsichtiger Vergleichung und Abwägung der verschiedenen Momente und Thatsachen, und nicht erschüttert durch die, wie ich glaube, hinlänglich widerlegten Einwürfe des Herrn Sander, wohlbegründet ist und fest steht; wenn es ferner wahr ist, daß zwar jede im Zustande persönlicher Unfreiheit begangene That an und für sich die Zurechnung aufhebt, weil der Mensch nur für das verantwortlich seyn kann, was er bei ungestörtem Vernunftgebrauch und in freier Selbstbestimmung thut, daß aber demungeachtet überall Zurechnung Statt haben muß, wo dieser (vorübergehende) Zustand persönlicher Unfreiheit entweder freiwillig herbeigeführt wurde, wie bei Trunkenheit, oder wo dessen Andrange und Entwicklung nicht mit der, von jedem nicht eigentlich geisteskranken Menschen mit Recht zu fordernden und zu erwartenden Energie widerstanden wurde, wie in der Leidenschaft, daß also in diesem Falle die Strafe nicht den unfreien Thäter, sondern das Individuum trifft, welches diese Unfreiheit herbeiführte, oder deren Entwicklung nicht, wie es in seiner Macht stand, und wie es das Vernunftgesetz fordert, unterdrückte, so wird sich wohl klar herausstellen, daß das Definitivurtheil der Sanitätscommission kein doppeltschneidiges ist, wie es Herr Sander bezeichnet; denn es spricht hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit nur diesen Grundsatz in seiner Anwendung auf diesen speciellen Fall aus, indem es sagt: „daß Inquisit den Mord an seiner Schwägerin zwar im Zustande persönlicher Unfreiheit und in so fern ohne Zurechnungsfähigkeit begangen habe, daß aber diese Unfreiheit einestheils durch die fixe Idee, anderntheils durch den Zustand der Trunkenheit desselben bedingt gewesen," d. h. daß die Zurechnung dennoch hier Statt finden müsse, weil dieser unfreie persönliche Zustand mittelst des Rausches freiwillig vom Inquisiten herbeigeführt wurde, und dessen fixe Idee aus angegebenen Gründen die Zurechnung nicht ausschließt.

Nicht nur ist also hier die Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten deutlich und unzweideutig ausgesprochen, sondern es ist auch durch gehörige Würdigung und Zusammenstellung der ursächlichen Momente des persönlichen Zustandes desselben die nothwendige Modification, resp. Milderung der hier Statt habenden Zurechnung bezeichnet. — Glücklicherweise hat denn auch die Mehrheit des Hofgerichts den Sinn dieses Definitivurtheils richtig aufgefaßt, die Zurechnungsfähigkeit anerkannt, ohne die Milderungsgründe zu übersehen und hiernach das Urtheil gefällt.

So viel über diesen Criminalfall. — Und nun noch ein Wort über die Frage: ist der Richter an den Ausspruch der

Digitized by Google

Aerzte über Zurechnungsfähigkeit unbedingt gebunden oder nicht?

Die Gesetze sind nur an vernünftige freie Wesen gerichtet, und haben für vernunftlose, der freien Selbstbestimmung beraubte keine verbindliche Kraft. Ueberall daher, wo sie in strafrechtlichen Fällen zur Anwendung kommen sollen, entsteht die Frage, ob das in Untersuchung befangene Individuum ein freies sei, oder zur Zeit einer gewissen Handlung gewesen sei, d. h. ob es nicht etwa blos seines Verstandes allein und für sich betrachtet, sondern auch seines Willens, seiner Bestimmungsfähigkeit für das Rechte und Unrechte mächtig sei, zu bestimmter Zeit gewesen sei, oder nicht, und warum?

Diese Frage aber kann und soll der Richter sich nicht selbst beantworten, aus Gründen, die ich hier nicht untersuchen will, da nach dem, was seit Kant, welcher die Lösung derselben der philosophischen Fakultät vorbehielt, von Metzger, Reil, Hoffbauer, Heinroth u. A. darüber gesagt wurde, eine solche Untersuchung als sehr überflüssig erscheinen muß. Alle neuern, namentlich deutschen Gesetzgebungen, stimmen nun einmal darin überein, daß die Ausmittlung derjenigen, in der Persönlichkeit des Inquisiten begründeten Zustände, welche die Zurechnungsfähigkeit aufheben, nicht dem Richter überlassen werden dürfe, sondern Sachverständigen anvertraut werden müsse, als welche überall die Gerichtsärzte, von denen man voraussetzen darf, daß sie auch psychische Aerzte sind, und in höherer Instanz die angeordneten Medicinalbehörden anerkannt werden.

In dieser Frage ist das ganze Geschäft des Arztes auf einen Zielpunkt zurückgeführt und deutlich und bestimmt bezeichnet; in ihr ist der Ausgangspunkt der psychisch-ärztlichen und der Anfangspunkt der richterlichen Thätigkeit, der Punkt also, wo sich beide in allen, noch so verschiedenen Fällen berühren. Hat der psychische Arzt diese Frage beantwortet, so muß nothwendig seine Aufgabe erschöpft seyn und das Geschäft des Richters beginnen, welcher die rechtlichen Folgerungen aus dem Resultate dieser ärztlichen Untersuchung zu ziehen hat; und da es keinem Zweifel unterliegen kann, daß die allererste dieser Folgerungen die ist: daß im gegebenen Falle das Gesetz entweder zur Anwedung komme oder nicht, so muß nothwendig die Entscheidung über Zurechnungsfähigkeit in das Gebiet des Richters fallen.

Nicht also an die Meinung der Aerzte über Zurechnungsfähigkeit (worüber dem Richter, der sich nicht seines Rechtes begeben will, eben so wenig die Frage, als ihnen die Antwort zusteht) ist der Richter gebunden, wohl aber an das Resultat der psychisch-ärztlichen Untersuchung über den persönlichen Zustand des Inquisiten, aus welchem er die Gründe zu seiner Entscheidung über Zurechnungsfähigkeit zu entnehmen hat, und wenn Herr Sander glaubt, „daß derselbe im Falle ihm zweifelhafter Zurechnungsfähigkeit allerdings auch ärztliche Gutachten einholen soll, denen er alle Aufmerksamkeit, die sie verdienen, zu schenken, aber nicht unbedingte Folge zu leisten hat," d. h. die er nach Gutdünken zur Hebung seiner Zweifel benutzen, oder unberücksichtigt zur Seite legen kann, so ist er meines Erachtens in Irrthum befangen; denn dem Richter kann es eben so wenig zustehen, die Frage über persönliche Freiheit oder Unfreiheit eines Inquisiten zu eröttern, als es dem Arzte zusteht, über Zurechnung und Strafbarkeit zu entscheiden; und es wäre nicht einzusehen, warum es dem erstern nicht überlassen werden soll, diese Frage sich selbst zu beantworten, mithin die Einholung eines gerichtsärztlichen Gutachtens ganz zu umgehen, wenn er im Stande ist, dieses Gutachten zu prüfen und zu würdigen. Der Richter kann allerdings den von einem Arzte als zurechnungslos Angesehenen, nie aber den von den psychisch-gerichtlichen Aerzten als persönlich unfrei Erkannten für zurechnungsfähig erklären, so wie er umgekehrt wohl den als zurechnungsfähig Beurtheilten, nie aber den als persönlich frei Erkannten als unzurechnungsfähig erklären darf.

Wich. *)

II.

Oberhofgericht.

Nachtrag zu dem Rechtsfall, Nichtigkeitsklage gegen ein eigenhändiges Testament betreffend. Dritter Jahrgang der Annalen Nr. 3 und 31, sodann vierter Jahrgang Nr. 10.

Es dürfte nicht ohne Interesse seyn, nachträglich zu den bereits kund gemachten hofgerichtlichen und oberhofgerichtlichen Entscheidungen des vorliegenden Rechtsfalles auch noch die Ansicht des oberhofgerichtlichen Respicienten zu veröffentlichen. Nach seiner Ausführung sollte das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche Erkenntniß, wonach das in Frage stehende Testament für ungültig erklärt wurde, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten aller drei Instanzen, wieder hergestellt werden. Er stützte seine Ansicht auf folgende Gründe:

Es sei hier nicht die Rede von Angabe einer Zeit und eines Ortes überhaupt, welche im Inhalt der Urkunde in irgend einer Beziehung vorkommen könnten, sondern von der Datirung, d. h. von einer solchen Angabe, aus welcher erhelle, daß die bezeichnete Zeit und der Ort jene der Testamentserrichtung seien, so daß von einem, durch den Erblasser geschriebenen und unterzeichneten Testamente, welches etwa nur in den Worten bestünde:

„Meinem Vetter R. N., der mir zu Heidelberg am 1. Mai 1808 das Leben gerettet hat, vermache ich mein ganzes Vermögen;"

im Sinne des Landrechtssatzes 970 nie gesagt werden könnte, es wäre mit Ort, Tag und Jahr versehen, obgleich es eine Angabe von Ort und Zeit in anderer Beziehung allerdings enthielte. Man müsse zwar anerkennen, daß der Text eines letzten Willens, so lange der

*) Hofrath und Mitglied der Sanitätskommission. D. R.

Digitized by Google

Zusammenhang nicht verloren gehe, so vielen Platz einnehmen, und an so vielen Stellen des Papiers u. s. w. zerstreut seyn könne, als es dem Erblasser beliebe; daß es namentlich auch für die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes ganz gleich gelte, in welchem Theile desselben die Datirung angebracht werde. In dem concreten Falle würde es der Gültigkeit der letzten Willensurkunde des A. M. auch nicht schaden, wenn ein Theil derselben auf die erste Blattseite des Bogens, ein anderer Theil aber, mit Leerlassung der zweiten und dritten, auf die vierte Seite geschrieben, und mit dem letztern Theil auch die Angabe des Ortes der Testamentserrichtung verbunden wäre. Allein die Worte, welche auf der vierten Seite des Bogens stünden: „Testament von A. M. (Name des Gasthofs) in B...." seien in der That kein Bestandtheil des Testamentes, weil sich diese Worte lediglich als eine Aufschrift darstellten, und eine solche bei dem eigenhändigen letzten Willen nicht erfordert werde, wie bei einem letzten Willen in geheimer Form nach Satz 976 des Landrechts, und weil sie daher zur Ergänzung der Urkunde nicht gehöre. Hieraus ergebe sich die consequente Folge, daß selbst dann, wenn diese für sich bestehende, von dem Erblasser nicht besonders unterzeichnete, Aufschrift die Angabe des Ortes der Testamentserrichtung wirklich enthielte, doch nicht behauptet werden könnte, diese Angabe sei in dem Testamente geschehen. Jene Aufschrift enthalte aber eine derartige Ortsangabe nicht, da die Worte: „in B..." hier einzig in der Beziehung gebraucht seien, in welcher sie zur Personbezeichnung des Erblassers beitragen, und obschon ganz unnöthig anzeigen, daß der Testator in B.... seinen Gewerbssitz habe. Diese ausschließende Bedeutung der Worte liege zu klar vor, als daß sie einen Zweifel darüber zuließen, ob sie nicht etwa mit dazu bestimmt gewesen seien, den Ort der Testamentserrichtung zu bezeichnen. Eben darum könnten auch jene Grundsätze nicht anschlagen, welche in Zweifelsfällen der Aufrechthaltung der Rechtsgeschäfte günstig wären. Die nöthige Ortsangabe könne überdies auf der ersten Seite des Bogens in den Worten: „von hier," ebenfalls nicht gefunden werden, da die betreffende Stelle in ihrem Zusammenhange wohl besage, die Frau des Erblassers sei an dem Orte gebürtig, wo das Testament errichtet werde, oder das Testament werde an dem Orte errichtet, von welchem die Frau gebürtig seie, damit aber der Ort selbst noch nicht genannt seie, so daß derselbe, zwar nicht für die mit den örtlichen und Familienverhältnissen der Stadt B.... zufällig vertrauten Personen, wohl aber für jeden Andern, und für den Richter außerhalb der letzten Willensurkunde erhoben werden müßte, während das Gesetz wolle, daß die Urkunde selbst, seie es auch nur durch eine nothdürftige, oder abgekürzte Benennung (Jahrbücher des Oberhofgerichts sechster Jahrgang S. 188) den Ort der Testamentserrichtung anführe. Es gebreche demnach dem als nichtig angefochtenen letzten Willen des A. M. nicht blos an der richtigen Art und Weise, sondern auch an der Existenz dieser Ortsanführung selbst, am Wesen einer der wenigen Förmlichkeiten des eigenhändigen Testamentes.

Dr. Löw.

III.

Oberhofgericht.

Wiederherstellung gegen ein oberhofgerichtliches Urtheil wegen Mängeln wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Urtheils.

In einem vorgekommenen Falle wurde hierüber bei dem obersten Gerichtshof folgende Ansicht ausgesprochen:

Der §. 1253 der Prozeßordnung gestattet wegen Mängeln wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Urtheils eine Wiederherstellungsklage; allein es ist weder dort, noch überhaupt in der Prozeßordnung ein allgemeines Princip über die Rechtsbeständigkeit oder Nichtigkeit der Urtheile aufgestellt, wie dies z. B. für Frankreich durch den Artikel 1030 der Civilgerichtsordnung geschah, wo verfügt ist, daß keine Prozeßhandlung für nichtig erklärt werden könne, wenn nicht die Gesetze die Nullität derselben förmlich ausgesprochen haben.

Sowohl nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, als nach L. R. S. 6k. können aber nur diejenigen Voraussetzungen, oder Bedingungen der Rechtsbeständigkeit eines Urtheils als wesentliche betrachtet werden, auf deren Mangel entweder ein Gesetz die Nichtigkeit des Urtheils ausdrücklich androht, oder deren Daseyn ein Gesetz wenigstens als nothwendig bezeichnet, oder gebietet.

Die neue Prozeßordnung und die Verordnung vom 21. April 1832, die organische Einrichtung der Obergerichte und den Geschäftsgang bei denselben betreffend, setzen für Form und Inhalt der Urtheile nur folgende Bestimmungen unter Androhung der Nichtigkeit oder als nothwendige fest, und zwar:

A. für die Form:

a) daß das Urtheil von dem zuständigen, oder prorogirten bürgerlichen Gerichte gegeben werde; Prozeßordnung §§. 1, 3, 32, 54;

b) daß das Urtheil seine Entstehung nicht durch Zwang oder Machtgebote höherer Gewalt erhalten habe; §. 6 ibidem;

c) daß der urtheilende Richter nicht aus einem der im §. 56 der Prozeßordnung angegebenen Gründe zur Ausübung des Richteramts unfähig sei; Prozeßordnung §. 57;

d) daß der urtheilende Gerichtshof aus der vorgeschriebenen Zahl von Stimmführern bestehe, und das Urtheil durch Uebereinstimmung einer Mehrheit derselben zu Stande gekommen sei; Prozeßordnung §. 1123 und Verordnung vom 21. April 1832, §. 1 bis 6.

B. Für den Inhalt der Urtheile enthalten nur allein die §§. 376 und 377 der Prozeßordnung derartige wesentliche Bestimmungen, indem sie verbieten, über Gegenstände zu erkennen, auf welche nicht geklagt war, und mehr zuzuerkennen, als gebeten war.

Für den Inhalt der Entscheidungsgründe findet sich in der ganzen Prozeßordnung weder eine gebietende, noch verbietende Vorschrift. Nur verfügt der §. 1175 Absatz 4 der Prozeßordnung, daß gegen das beschwerende Urtheil, welches auf einen unwahren, in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatz gebaut ist, die Appellation ohne Rücksicht auf das Daseyn der Appellationssumme Statt finde, welche singuläre Bestimmung aber sich auf einen andern Inhalt der Entscheidungsgründe, und auf ein anderes außerordentliches Rechtsmittel nicht anwenden läßt, sondern auf den ausgedrückten Fall beschränkt bleiben muß. Dr. Löw.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 16. September 1837.

I.

1.

Rechtsfall.

Ladenburg gegen Piontkowski.

L. klagte gegen P. eine Forderung von 11,398 fl., welche dieser laut dem ihm übergebenen und von ihm anerkannten Conto-current vom 1. Nov. 1836 schulde, ein. P. gab zu, daß er laut dieser ihm zugestellten und von ihm anerkannten Abrechnung die eingeklagte Summe an L. schuldig sei. Diese Schuld, setzte der Beklagte hinzu, rührt her theils von Zahlungen, welche die Kläger für meine Rechnung gemacht haben, theils von Verlusten an Staatspapieren. Auf dies Geständniß hin verurtheilte das Stadtamt Mannheim den Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe. Der Beklagte appellirte, und das großherzogliche Hofgericht hob nach angehörter Rechtsausführung das unterrichterliche Urtheil auf und wies den Kläger angebrachtermaßen ab. Seine Entscheidungsgründe sind diese:

„Die Klage enthält nichts als die Behauptung, daß Beklagter laut anerkanntem Conto-current die geforderte Summe an die Kläger schulde.

Das Vorhandenseyn eines anerkannten Conto-currents oder einer Schuldurkunde allein enthält aber keine genügende thatsächliche Klagbegründung. Es muß, so fern eine Klage lediglich auf eine solche Urkunde gegründet werden will, nebstdem gewiß seyn, daß seine Urkunde eine causa debendi enthalte, und daß diese eine erlaubte Vertragsursache sei.

Auch muß jedenfalls diese Vertragsursache dem Richter, welcher über die Klage erkennen soll, bekannt seyn, da er dieselbe bezüglich auf L. R. S. 6 und 1131 selbst zu prüfen hat, und dabei dem Kläger ein Zugeständniß der Gegenpartei nur in so weit nützlich ist, als die behauptete Verbindlichkeit der letztern auf einer erlaubten Vertragsursache beruht.

Der angeführte Inhalt der Klage enthält hiernach keine dem §. 247 der Prozeßordnung entsprechende Begründung, da die Thatsachen, welche den Ansprüchen zu Grunde liegen sollten, nicht vollständig angeführt wurden.

Auf eine solche mangelhafte Klage, welche im vorliegenden Falle mündlich zu Protocoll gegeben war, durfte der Richter nach §. 248 der Prozeßordnung keine Ladung erkennen, bevor er durch zweckmäßige Fragen oder schriftlichen Verbescheid die nöthige Ergänzung veranlaßt hatte, daher auch keine sonstige Verhandlung mit dem Beklagten zulassen.

Wenn er gleichwohl, und zwar ohne vorheriges Ladungserkenntniß, den Beklagten angehört hat, so ist dies für Beurtheilung der Sache im Allgemeinen unerheblich.

Wenn aber auch durch weitere Verhandlung der ursprüngliche Mangel der Klage nach §. 344 der Prozeßordnung verbessert werden könnte, so hat doch Kläger durch keine weitere Erklärung vor dem Unterrichter eine Verbesserung des ursprünglichen Mangels seiner Klage bewirkt, und aus der Aeußerung des Beklagten, hinsichtlich welcher man nicht einmal aus den Akten ersieht, ob sie auf vorgängige Eröffnung der Klage erfolgte oder nicht, und welche dahin lautet:

„„Ich erkenne die eingeklagte Forderung an, als herrührend aus Verlusten an Staatspapieren und aus andern Ausgaben, welche die Kläger für meine Rechnung gemacht haben,““

konnte der Richter die Entstehungsursache der Forderung, den eigentlichen Klaggrund, eben so wenig vollständig ersehen;

Da der Mängel ungeachtet ein verurtheilendes Erkenntniß erging, so erscheint der Beklagte jedenfalls als beschwert, und es mußten, da eine Verbesserung der Klage in zweiter Instanz unzulässig wäre, die Kläger jetzt angebrachtermaßen abgewiesen werden.“

Die Kläger ergriffen die Oberberufung, und das großherzogliche Oberhofgericht erkannte in der öffentlichen Sitzung vom 11. Juli d. J., das hofgerichtliche Urtheil sei aufzuheben, und das amtliche Urtheil wieder herzustellen.

Die Entscheidungsgründe sind für die Anwendung unseres

Digitized by Google

Prozeßrechts, welche leider so häufig, an dem Buchstaben des Gesetzes festklebend, um dessen Geist ganz und gar unbekümmert, in grellen Widerspruch mit den im Leben und Verkehr herrschenden Rechtsansichten tritt, allzuwichtig, als daß sie der Oeffentlichkeit entzogen werden dürften.

Sie lauten dahin:

In Erwägung,

1) daß es zwar dem Vortrage der Klage, in welcher die Kläger blos im Allgemeinen behauptet haben, daß der Beklagte ihnen laut anerkanntem Conto-current vom 1. November 1836 die Summe von 11,398 fl. 16 kr. schulde, allerdings in so weit an Vollständigkeit gebricht, als diejenigen Thatumstände, welche den eigentlichen Entstehungsgrund der anerkannten Schuldverbindlichkeit bilden, nicht angeführt wurden.

In Erwägung,

2) daß jedoch der Beklagte in seiner Antwort auf die Klage sich unumwunden dahin erklärt hat:

„Ich erkenne die eingeklagte Forderung an, als herrührend aus Verlusten an Staatspapieren und andern Ausgaben, welche die Kläger für meine Rechnung gemacht haben bis zum ersten November d. J., nach Maßgabe der von mir anerkannten Abrechnung. In dieser Summe ist diejenige begriffen, welche ich früher unter dem 18. October d. J. anerkannt habe."

In Erwägung,

3) daß diese Erklärung nicht nur das Geständniß der Thatsache, daß Beklagter den fraglichen Conto-current anerkannt habe, sondern zugleich auch das unzweideutige Anerkenntniß des Klaganspruchs selbst enthält, was aus den Worten: „ich erkenne die eingeklagte Forderung an" in Verbindung mit dem weitern Umstande, daß der Beklagte dabei weder in Bezug auf die faktischen Behauptungen der Kläger, noch in Bezug auf die daraus abgeleiteten Folgerungen, noch aber in Bezug auf das Petitum irgend eine Einsprache machte, zur Genüge erhellt.

In Erwägung,

4) daß über den Sinn dieser Erklärung, wenn solche gleichwohl dem Wortlaute nach etwas allgemein gefaßt ist, im Hinblick auf den L. R. S. 1156 um so weniger ein gegründeter Zweifel obwalten kann, als der Beklagte selbst hintennach nirgendwo zu behaupten vermochte, daß er in der That bei Abgabe seiner Erklärung eine andere Absicht gehabt habe, als die, den Klägern die Richtigkeit ihres Klaganspruchs einzuräumen und folgeweise seine Schuldverbindlichkeit anzuerkennen.

In Erwägung,

5) daß der einzige dießfalls in appellatorio vorgebrachte Einwand, daß nämlich aus dem amtlichen Protokoll nicht constire, daß die Klage dem Beklagten gehörig eröffnet worden sei, und man daher nicht mit Bestimmtheit behaupten könne, daß Beklagter wirklich gewußt habe, um welche Forderungen es sich handle, als grundlos sich darstellt, da der Ausdruck „die eingeklagte Forderung," welcher sich offenbar auf den Inhalt der im Protokoll unmittelbar vorangehenden Klage bezieht, hinreichend beweist, daß diese dem Beklagten eröffnet worden sei, und daß derselbe somit wohl gewußt habe, um welche Forderungsansprüche es sich handle, zumal da Beklagter selbst sich auf die in der Klage erwähnte und von ihm anerkannte Abrechnung vom 1. November v. J. mit der Erläuterung berief, daß die fragliche Forderung aus Verlusten von Staatspapieren und andern Ausgaben, welche die Kläger für seine Rechnung gemacht haben sollen, herrühre.

In Erwägung,

6) daß nun aber da, wo ein Beklagter die Klage im Ganzen, mithin den Klaganspruch selbst zugesteht, und in keiner Beziehung irgend eine Einwendung dagegen macht, von keinem Prozesse mehr die Rede seyn kann, indem in einem solchen Fall der Beklagte als confessus in jure sich gleichsam selbst verurtheilt, und es von Seiten des Richters keiner weitern Handlung bedarf, als auszusprechen, was der Beklagte nunmehr seinem Anerkenntnisse zufolge dem Kläger zu leisten habe. §. 373 der Prozeßordnung.

(Vergleiche Puchta, der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter II. Band S. 131; und Spenzel, zur Lehre über Litiscontestation und Einreden §. 5.)

In Erwägung,

7) daß es also auch auf eine nähere Beurtheilung der Klage, hinsichtlich ihrer factischen und rechtlichen Begründung, nicht ankommt, und daß überhaupt dem Richter, so wenig er befugt ist, eine an sich völlig grundlose Klage, wenn sie dessen ungeachtet vom Beklagten unbedingt anerkannt ist, abzuweisen, eben so wenig die Befugniß zusteht, eine blos mangelhaft begründete, im Uebrigen aber gleichfalls anerkannte Klage angebrachtermaßen zu verwerfen, indem ein solches Verfahren offenbar gegen die Verhandlungsmaxime und gegen den Hauptgrundsatz im deutschen Civilprocesse „volenti non fit injuria" verstoßen würde.

In Erwägung,

8) daß hiernach, wenn man auch annimmt, daß im gegebenen Falle die Klage in Bezug auf den Klaggrund als mangelhaft erscheint, das großherzogl. Stadtamt bei dem erfolgten Anerkenntniß der Schuldverbindlichkeit von Seiten des Beklagten keine Veranlassung hatte, der causa debendi näher nachzuforschen, und eben so wenig ein Grund zur amtspflichtigen Unterstellung für dasselbe vorlag, als beruhe die klägerische Forderung auf einer unerlaubten

Digitized by Google

Vertragsursache, sondern vielmehr mit Recht den Beklagten zur Leistung dessen, was derselbe freiwillig anerkannt, für schuldig erklärt hat.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

2.

Abrechnung ist Rechtswandlung.

In dem oben erzählten Falle hat der Anwalt des Klägers auszuführen gesucht, daß der Rechtsgrund der Forderung in dem klägerischen Vortrag angegeben sei, nämlich in den Worten:

laut anerkanntem Conto-current vom 1. November 1836.

Ein Conto-current sei nämlich nichts Anderes, als eine Rechnung, in welcher auf der einen Seite die Schuldposten des Einen, auf der andern Seite die Schuldposten des Andern enthalten seien, wobei dann durch Abzug der einen Summe von der andern das Restguthaben festgestellt würde. Sobald ein Conto-current anerkannt worden, sei dieß einer gepflogenen Abrechnung gleich zu achten, und

Abrechnung sei Novation.

Dies ist das Thema dieser Ausführung. Artikel 1271 Nr. 1 des Landrechts erkennt eine Rechtswandlung darin, daß eine alte Verbindlichkeit aufgehoben und eine neue an deren Stelle übernommen wird. Brauer macht hiezu die Bemerkung, daß eine Rechtswandlung da eintrete, wo die Vertragsursache verändert werde. Gerade dies findet bei der Abrechnung Statt. Jeder Posten einer Rechnung hat seinen eigenen Entstehungsgrund. Ist einmal abgerechnet, so ist eine neue Forderung, das Restguthaben, entstanden *). Entstehungsgrund dieser neuen Forderung ist das Rechnungsoperat, d. h. die von beiden Seiten vorgenommene, oder von einem Theil vorgenommene und von dem andern Theil anerkannte Abrechnung. Jede Abrechnung hat auch den Zweck, das ganze ältere Verhältniß zu beseitigen, und die Restschuld des Einen oder Anderen festzustellen. Die Absicht der abrechnenden Personen ist daher, eine Rechtswandlung zu bewirken, Artikel 1273.

Man kann wohl zugeben, daß der geschichtliche Entstehungsgrund des Rechnungsrests in dem Entstehungsgrund der einzelnen Rechnungsposten liegt; man wird dagegen auch nicht läugnen können, daß der juristische Grund oder der Rechtsgrund des Restguthabens in der Abrechnung zu suchen ist. Stellt man sich vor, es habe ein Streit über die Rechnung Statt gefunden, der durch einen Vergleich beigelegt worden sei, so ist der Vergleich als neuer Rechtsgrund der Restsumme zu betrachten. Jede Abrechnung, ohne vorhergehenden Streit, ist aber gleichwohl eine Uebereinkunft, ein zweiseitiger Akt, bei dem jeder einzelne Posten der Rechnung geprüft wird, und weil alle Posten richtig befunden wurden, weil kein Streit entstanden ist, sollte diese Uebereinkunft minder als solche gelten *)? Das widerspricht doch aller gesunden Vernunft.

---

*) An und für sich ist wohl ein Restguthaben keine neue, sondern der übriggebliebene Theil der alten Forderung, und so lang man es als ein Restguthaben aus früherer Abrechnung behandelt, kann man daher nicht sagen, daß eine neue Forderung daraus gemacht sei. Letzteres ist nur der Fall, in so fern der Saldo beim Schuldner nicht als eine Restschuld stehen gelaßen wird, sondern einen neuen Titel erhält, namentlich ihm als Anlehen ꝛc. zur Last geschrieben wird. Es ist in dieser Beziehung wohl nicht nöthig, daß der Schuldner seine Restschuld wirklich ausbezahle, und der Gläubiger sie ihm als Darlehen sodann wieder zurückgebe. Der Letztere kann auch das Darlehen ihm gewißermaßen bei sich selbst anweisen, oder gegen die Bescheinigung des Empfangs eines Darlehens die Restschuld (aus dem frühern Rechtsgeschäfte herrührend) als getilgt erklären, in welchem Falle eine Rechtswandlung im Sinne des S. 1271 Nr. 1 vor sich geht.

Es fragt sich daher nur, ob bei dem Uebertrag des Saldos auf einen neuen Conto-current nach S. 1273 wirklich die klare Absicht der Parteien vorliege, dem Schuldner den Saldo nicht als Restschuld aus früherer Rechnung, sondern als eine bei der Abrechnung übernommene neue Schuld, namentlich als ein Darleben, zur Last zu schreiben? Aus dem Ausdruck „Saldo" (d. h. „Rechnungsschuld") folgt eine solche Absicht nicht, da derselbe vielmehr auf das Gegentheil, nämlich darauf hindeutet, daß die Summe nur ein Restguthaben aus einer abgeschlossenen Rechnung, also keine, auf einem selbstständigen Titel beruhende, neue Forderung sei. D. R.

*) Zwischen einem Vergleiche und der bloßen Anerkennung einer Schuldigkeit ist ein wesentlicher Unterschied.

Der erstere ist ein wirklicher Vertrag, das Landrecht führt ihn als solchen unter den „verschiedenen Arten, Eigenthum zu erwerben" auf, wogegen die Anerkennung einer Verbindlichkeit, ohne selbst Rechte zu erzeugen, blos die Kraft eines Beweismittels hat.

Wer aus einem Vergleiche schuldet, ist nichts schuldig von dem, was durch den Vergleich aufgegeben wurde, sondern der Titel seiner Schuldigkeit ist der Vergleich selbst, beziehungsweise sein im Vergleichsvertrag gegebenes Versprechen der gedachten Leistung. Der Vergleich ist also der Rechts- oder Entstehungsgrund seiner Verbindlichkeit.

Wer dagegen Etwas nach einer anerkannten Abrechnung zu zahlen hat, ist es nicht wegen dieses Anerkenntnisses, sondern aus denjenigen Titeln, die den Abrechnungsposten zu Grund liegen, schuldig, das Anerkenntniß erzeugt keine Verbindlichkeit, sondern es beweist nur das schon vorher vorhanden gewesene Daseyn derselben, vorbehaltlich der gesetzlichen Beschränkungen dieser Beweiskraft nach S. 1337 und ff.

Wenn daher der Vergleich als eine Novation gilt, indem die im

Digitized by Google

Bei den Kaufleuten insbesondere herrscht durchgängig die Ansicht, daß nach Anerkennung des Conto-currents die alte Rechnung gänzlich abgethan sei, und der Saldo allein das neue Verhältniß unter den Contrahenten ausdrücke. Diese Ansicht geht insbesondere aus der Art der Buchung des Saldo hervor. Es wird bei der Ansicht eines Conto-currents Jedem auffallen, daß am Schluß „Soll" und „Haben" stets ausgeglichen ist, als sei Keiner dem Andern mehr etwas schuldig, diese Ausgleichung wird dadurch bewirkt, daß der Saldo in die Forderungsposten dessen, der den Saldo schuldet, aufgenommen wird. Später, wenn die Anerkennung des Schuldners erfolgt, wird der Saldo aus dessen Kredit in dessen Debet übertragen. Wenn man in dieser Art der Buchung, die allgemein unter allen Kaufleuten üblich ist, nicht blos eine leere Gewohnheit, nicht blos ein gedankenloses Nachbeten älterer Formen, sondern einen vernünftigen Sinn suchen will, so wird man sich bald überzeugen, daß durch die Buchung des Saldo im Kredit des Schuldners nichts Anderes als die Ausgleichung der ganzen ältern Rechnung, die Tilgung der älteren Forderungen, gleichsam als habe der Schuldner den Saldo baar bezahlt, und durch die Uebertragung des Saldo aus dem Kredit in das Debet des Schuldners der dem Schuldner neu eröffnete Kredit, gleichsam als habe er diese Summe baar empfangen, angedeutet werden soll. Es ist gleichsam ein Hin- und Hergeben der schuldigen Summe. Würde der Schuldner den Saldo baar bezahlen, so müßte er ihm gutgeschrieben werden, und die Rechnung wäre vollständig ausgeglichen. Ein Zurückkommen auf die Posten der alten Rechnung wäre dann nur in so fern denkbar, als Jemand einen Irrthum oder eine Nichtschuld behaupten würde. Läßt sich der Schuldner den Saldo als neues Darlehen zurückgeben, so ist die neue Schuld aus einem neuen Titel entstanden, und es bedarf nicht der ältern Rechnung zur Begründung der neuen Schuld. Und so verhält es sich auch mit der allgemein üblichen Buchung unter den Kaufleuten; an die Stelle des lästigen Herüber- und Hinübergebens der schuldigen Summe tritt hier das „Gutschreiben," als wäre bezahlt; das „Belasten," als wäre auf's Neue eine Schuld contrahirt worden.

Man darf aber hier nicht entgegnen, daß jede Hypothek, jede Bürgschaft, die für einen zu eröffnenden Kredit gegeben sei, nach der hier aufgestellten Theorie bei jedem Rechnungsabschluß erlösche, Artikel 1278, was gewiß nicht in der Absicht der Contrahenten liege. Da die Absicht der Contrahenten über den Sinn des Vertrags entscheidet, Artikel 1156, so wird demnach jene Sicherheit als für die zu irgend einer Zeit schuldige Summe, ohne Rücksicht auf Veränderung der rechtlichen Natur der Schuld, gegeben betrachtet werden müssen. Compensation tilgt gesetzlich eine Schuld, aber die für einen Kredit gegebene Sicherheit besteht gleichwohl nach Tilgung der ersten Schuld fort *), nam ita actum est.

Es kann daher, meiner Meinung nach, in allen Fällen auf einen Conto-current, dessen erster Posten, der Saldo von voriger Rechnung, anerkannt ist, geklagt werden, und es ist durchaus nicht nöthig, den Entstehungsgrund des Saldo durch Vorlage der frühern Rechnung, und da diese wieder mit einem Saldo beginnt, durch Vorlage der abermals vorhergehenden Rechnung und sofort auf 20, 30, 50 Jahr zurück anzugeben.

Die Tatsache der Statt gefundenen Abrechnung ist hinreichend als Angabe des Entstehungsgrunds des Saldo; der Entstehungsgrund aller spätern Posten aber muß natürlich in dem Conto-current angegeben seyn.

Dr. Ladenburg.

II.

Bemerkungen über den gesetzlichen und chirurgischen Begriff der Verwundungen nach §. 71 des Strafedicts.

Es herrscht in den ärztlichen Gutachten über Verwundungen oftmals eine Verschiedenheit des Ausdrucks, und in Folge dessen eine Begriffsunsicherheit, daß es dem Richter

---

Vergleich zugesicherte Verbindlichkeit an die Stelle der dadurch aufgehobenen frühern und bestrittenen Schuldigkeit tritt, so kann man dasselbe dennoch nicht von einer bloßen Abrechnung und deren Anerkennung sagen, indem diese die alte Verbindlichkeit nur in einen Zustand von Liquidität bringt und ihr Daseyn bestätigt und bescheinigt. D. R.

*) Wäre die Sicherheit für die früheren Abrechnungsposten geleistet worden, so müßte sie durch die Abrechnung, wenn solche eine Novation begründen würde, nach S. 1278 allerdings wegfallen.

Ist aber die Sicherheit nicht für jene bestimmten Posten, sondern unbestimmt für einen eröffneten Kredit, oder, wie der S. 2132 sich ausdrückt, für künftige „Forderungen aus Verbindlichkeiten, deren Entstehung ungewiß oder deren Betrag unbestimmt ist," geleistet, so geht sie ihrem eigenen Titel nach auch wieder auf die neue Verbindlichkeit. Die aus der Novation hervorgegangene neue Verbindlichkeit unterliegt jener Sicherheit nicht deswegen, weil sie an die Stelle der durch die Novation aufgehobenen frühern Verbindlichkeit getreten ist, sondern deswegen, weil die Sicherheit ihrem Titel nach nicht speciell für jene frühere, sondern unbestimmt auch für spätere Verbindlichkeiten bewilligt wurde.

D. R.

Digitized by Google

schwer fällt, darüber in das Reine zu kommen, was denn eigentlich der Ausspruch der verschiedenen Gutachten ist und worin die Meinungsverschiedenheit liegt. Insbesondere streiten die Aerzte häufig darum, ob hier eine leichte oder schwere Verwundung vorliege. Auch die Sanitätscommission nimmt schwere Verwundungen an, selbst wir Rechtsgelehrte halten uns von dieser die Sache recht eigentlich verwirrenden Benennung nicht frei, so daß es sich wohl verlohnt, zur Abschneidung vieler, am Ende nur um Wörter sich drehender, Discussionen, und zur Umgehung der die schnelle Aburtheilung der Vergehen nur verzögernden Superarbitrien zu versuchen, ob man nicht darüber in das Klare und zu unzweideutigen Ausdrücken kommen kann. Man kann es; man kann es aber nur auf dem Weg erreichen, wenn man die Ausdrücke „leichte und schwere Verwundung" ganz verbannt, wie man sie auch nach dem Gesetze ganz verbannen muß, weil es im Sinne des Gesetzes, im juristischen Begriff, keine schwere oder leichte Verwundung gibt.

Fassen wir den §. 71 des Strafedicts in das Auge, so spricht er im Allgemeinen vom Verbrechen der Verwundung. Dieses Wort Verwundung ist also die gesetzliche Benennung des Verbrechens, und damit es in seinem rechtlichen objectiven Thatbestand angenommen werden kann, erfordert das Gesetz sub lit. b. das Vorhandenseyn einer schweren Verletzung, d. h. einer solchen Verletzung, welche die Besorgung eines Wundarztes erfordert, oder wie sich der Gerichtsgebrauch zur Miterfassung der Hülfe des innern Arztes ausdrückt, welche Kunsthülfe nöthig macht. Das Gesetz ertheilt sonach dem abzuurtheilenden Verbrechen nicht nur die Benennung der Verwundung, sondern es stellt auch einen juristischen Begriff einer schweren Verletzung dahin auf, daß es als solche alle jene Körperverletzungen ansieht, welche Kunsthülfe zu ihrer Heilung erfordern. Es unterscheidet daher bei dem Verbrechen der Verwundung weder zwischen leichter und schwerer Verwundung, noch stellt es zum Begriff eines verschiedenartigen Vergehens der Verwundung den Unterschied von leichten oder schweren Verletzungen auf, und wenn nun doch eine Sprachverwirrung und Begriffsunsicherheit dabei entsteht, so liegt der Grund darin, daß man die gesetzliche Benennung des Verbrechens der Verwundung mit dem chirurgischen Begriff der Wunden vermengt, beides gleichmäßig Verwundung nennt, und nunmehr vom chirurgischen Standpunkt aus von einer leichten oder schweren Verwundung spricht, anstatt nur von chirurgischen leichten oder schweren Verletzungen zu sprechen. Wäre der chirurgische Begriff einer schweren Verwundung mit dem gesetzlichen Begriff der schweren Verletzung gleichbedeutend, so könnte der Strafrichter noch mit der gleichmäßigen Benennung des Verbrechens und dessen, was das Verbrechen der Verwundung darstellt, nämlich der Verletzung, in das Reine kommen, allein eine leichte Verletzung im chirurgischen Sinne kann eine schwere Verletzung im gesetzlichen Sinne, d. h. eine solche seyn, welche Kunsthülfe nöthig macht, und umgekehrt kann im gesetzlichen Sinn eine schwere Verletzung im chirurgischen Sinn eine leichte Verletzung seyn. Sprächen nun die ärztlichen Gutachten überhaupt nur von Wunden und Verletzungen, so würde der Strafrichter schon sicherer gehen, allein sie sprechen von leichten oder schweren Verwundungen und bringen so, die Sache von verschiedenen Standpunkten des Richters und des Arztes betrachtet, in die größte Verwirrung und Unsicherheit des Ausspruchs. Nicht selten drückt sich das Physikat über das Erforderniß der Kunsthülfe nicht deutlich aus, sondern spricht sich, die chirurgische Eintheilung der Wunden im Auge haltend, dahin aus, daß hier eine leichte Verwundung vorliege. Der Medicinalreferent, mehr auf den juristischen Begriff losgehend, findet hier die Kunsthülfe nothwendig, und schließt sein Gutachten dahin, er könne hier keine leichte Verwundung annehmen, sondern es seie eine schwere Verwundung. Bei diesem Widerstreit kommt die Sache an die Sanitätscommission, die sich, vom chirurgischen Standpunkt wiederum ausgehend, wundert, wie man die unbedeutende Verwundung eine schwere Verwundung nennen könne, und, die Nothwendigkeit der Kunsthülfe keineswegs läugnend, erachtet sie die Wunde als keine schwere Verwundung. Der Sache nach sind aber hinsichtlich des juristischen Begriffs alle drei Gutachten am Ende darin einig, daß hier eine Wunde vorliegt, welche Kunsthülfe erfordert, und hinsichtlich des Richters ist also der Widerstreit unter den Aerzten nur ein Scheingefecht über die ihn nicht berührenden chirurgischen Eintheilungen der Wunden in leichte und schwere.

Die Verwirrung aus dem Gebrauch des Worts „schwere Verwundung" vergrößert sich aber noch in einer weitern Beziehung. Das Gesetz stellt nämlich im §. 71 lit. g, wobei es leider die Verletzungen auch Verwundungen nennt, unter den das Vergehen der Verwundung überhaupt darstellenden schweren Verletzungen noch einen Unterschied von gefährlichen Verletzungen, d. h. solchen auf, welche nicht nur Kunsthülfe überhaupt erfordern, sondern welche durch ihre Folgen allein den Tod herbeiführen können. Da hieraus eine höhere, besonders gemessene Strafe folgt, so hat der Gerichtsgebrauch daraus auch eine besondere Qualification des Verbrechens der Verwundung, die gefährliche Verwundung gemacht. Es ist aber in chirurgischer Beziehung der Ausdruck schwere Verwundung mit dem Ausdruck gefährliche Verwundung häufig gleichbedeutend, und da nun der Gerichtsarzt eine

Digitized by Google

in sich schwere Verletzung zu beurtheilen hat, so unterstellt er ihn seinen chirurgischen Eintheilungen, und spricht von einer gefährlichen Verwundung in dem Fall, wo die Wunde im chirurgischen Sinn eine schwere war, obschon sie nicht im Sinne des Gesetzes eine gefährliche, d. h. das Leben gefährdende Wunde genannt werden will. Zweifelt aber der Richter, welcher allein den juristischen Begriff der gefährlichen Verletzung im Auge hat, an der Richtigkeit dieser Bezeichnung, so gibt er die Sache an den Medicinalreferenten, und wenn dieser vom juristischen Standpunkte aus alsdann die Wunde nicht als die gefährliche des Strafedicts im gesetzlichen Sinn erachtet, so wird die Sache der Sanitätscommission zum Superarbitrium gegeben, obschon der Physikus vielleicht gar nirgends vorhatte, eine gefährliche Wunde im Sinne des Strafedicts anzunehmen.

Es liegt daher der Grund so häufig zu beklagender Unbestimmtheit der ärztlichen Gutachten über Verwundungen, und der oft nicht zu hebende Widerstreit unter ihnen hauptsächlich darin, daß die Gerichtsärzte die chirurgischen Eintheilungen der Wunden mit der gesetzlichen vermengen und verwechseln, und so bei dem verschiedenen Umfang beider Eintheilungen unter sich in einen Widerspruch gerathen. Der gesetzliche Begriff der schweren Verletzungen ist nämlich gegen den chirurgischen Begriff in der Beziehung zu weit, daß er Wunden umfaßt, welche die Chirurgie zu den leichten zählt, obschon sie auch ihre Kunsthülfe als nöthig erachtet; und der gesetzliche Begriff der gefährlichen Verletzungen ist gegen den chirurgischen Begriff dieser auch mit dem Wort schwere Verletzungen bezeichneten Wunden zu enge, weil er nur die das Leben gefährdenden Wunden umfaßt, während der chirurgische Begriff gefährlicher Wunden auch jene in sich begreift, wo nicht das Leben bedroht, wohl aber der Verlust eines Gliedes oder eines Sinneswerkzeuges, z. B. des Auges, zu befürchten ist. Steht nun eine Verletzung in Frage, deren Bestimmung in der gesetzlichen und in der chirurgischen Eintheilung eine verschiedene ist, so werden eben doch für beiderlei Bestimmungen die gleichen Ausdrücke gebraucht, und da die Gerichtsärzte sich noch dabei des nur das Verbrechen bezeichnenden Worts Verwundung zu bedienen pflegen, so wird die Verwirrung nur noch größer, wenn sie von leichter oder schwerer, oder von schwerer, gefährlicher Verwundung sprechen, und damit die chirurgische Eintheilung der Verletzungen im Auge haben, während der Richter darin ihre Meinung über die Bestimmung des Verbrechens findet.

Um aus diesen Sprachverwirrungen und Begriffsunsicherheiten herauszukommen, gibt es aber zwei Hauptmittel. Vorerst sollten sich die Gerichtsärzte in ihren Gutachten des Ausdrucks Verwundung ganz enthalten, und nur von Wunden und Verletzungen sprechen. Diese Wunden stellen das Verbrechen der Verwundung erst dar, sie sind aber das Vergehen der Verwundung nicht selbst, und so wie nun der Gerichtsarzt von Verwundungen spricht, solche nach seiner Wissenschaft eintheilt und mit Beiwörtern bezeichnet, so verleitet er den Richter, diesen Beiwörtern in Bezeichnung des Verbrechens eine unverdiente Aufmerksamkeit zu schenken, und in dieser Richtung Widersprüche und Dunkelheit gegenüber dem Gesetz zu finden, welche der Gerichtsarzt nicht im Sinne hatte. Ohnedies ist die Bezeichnung des Verbrechens nicht Sache des Gerichtsarztes, sondern Sache des Richters. Der Gerichtsarzt soll dem Richter nur sagen, welche Wunde hier in Frage steht, und welches ihr gesetzliches Verhältniß ist. Was davon im Sinne des Gesetzes die Folge ist, welchen Grad das Verbrechen, welchen Namen es hat, das findet dann der Richter ohne den Arzt.

Das zweite Haupterforderniß der Klarheit und Sicherheit besteht aber darin, daß sich die Gerichtsärzte davon durchdringen lassen, daß ihre chirurgischen Eintheilungen der Verletzungen nach dem jetzigen Standpunkt unserer Gesetzgebung ganz gleichgültig, und daß sie insbesondere nicht mit den Eintheilungen der Verletzungen nach unserm Strafgesetze gleichbedeutend sind. Unser Gesetz kennt in seiner obersten Eintheilung nur solche Verletzungen, welche zu ihrer Heilung die Kunsthülfe erfordern, im Gegensatz von jenen, welche dies nicht erfordern. Die erstern nennt das Gesetz schwere Verletzungen, gleichgültig, ob auch die chirurgische Benennung damit zusammentrifft oder nicht. Unter ihnen unterscheidet weiter das Gesetz die gefährlichen Verletzungen als solche, welche für sich allein den Tod herbeiführen können, gleichgültig, ob damit die chirurgische Benennung zusammentrifft oder nicht. Hiernach hat sich der Gerichtsarzt bei allen seinen Gutachten über Wunden nur zu fragen: liegt eine die Kunsthülfe erfordernde Verletzung vor, oder nicht, und bejahendenfalls: konnte sie für sich allein den Tod herbeiführen, oder nicht? Diese Fragen soll er bestimmt beantworten, die Verletzung erfordert Kunsthülfe: sie führt den Tod möglicher Weise aus sich allein mit sich, und wenn er sich gar nicht darauf einläßt, ob nun die Verletzung eine schwere oder nicht eine schwere, eine gefährliche oder nicht eine gefährliche ist, so wird er nur dem Richter seine Aburtheilung erleichtern, denn dieser wird schon den ärztlichen Ausspruch der gehörigen Bestimmung des Gesetzes unterstellen, und wird nicht nöthig haben, darüber zu zweifeln, ob auch der Gerichtsarzt in Unterstellung seines ärztlichen Ausspruchs unter die Begriffsbestimmungen des Gesetzes geirrt hat, was um so weniger selten ist, als dieses nicht Sache des Gerichtsarztes und seiner Wissenschaft ist.

Sander.

Digitized by Google

III.

Ueber die Anwendung des §. 133 seq. der Prozeßordnung.

In einer bei dem Amte Bühl angestellten Klage wurde von dem Beklagten Sicherheitsstellung für eine angebliche Nutznießung verlangt. Der Beklagte ließ sich in der anberaumten Frist nicht vernehmen, und es erging, auf Anrufen des Klägers, ein dem Antrag desselben entsprechendes Versäumungserkenntniß gegen den Beklagten. In der Frist des §. 658 der Prozeßordnung überreichte ein Anwalt die schriftliche Vernehmlassung für den Beklagten und bat um Wiederherstellung, mit dem Bemerken, daß er die Vollmacht demnächst nachbringen werde. Das Amt gab dem Anwalt auf, vorerst Vollmacht beizubringen, und verwarf, als diese nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist einkam, die gebetene Wiederherstellung auf den Grund des §. 133 der Prozeßordnung. Auf die vom Beklagten eingeführte Berufung erging mit drei Stimmen gegen zwei ein abänderndes, die Wiederherstellung zulassendes Erkenntniß des Hofgerichts. Die Entscheidungsgründe der Majorität waren folgende:

1) daß nach §. 133 der Prozeßordnung zwar Jeder, welcher als Anwalt eines Andern vor Gericht auftritt, in der Regel bei seinem ersten Auftreten sich durch Vollmacht legitimiren muß;

2) daß jedoch der §. 134 dem Mangel einer solchen Vollmacht keinen anderen Nachtheil droht, als daß derselbe auf Rüge der Parteien oder von Amtswegen durch eine richterliche Verfügung gehoben werden soll, also auch unter allen Umständen auf diese Weise gehoben werden kann;

3) daß sonach die Bestimmung des §. 138 nicht blos auf die in §. 135 bis 137 angeführten Ausnahmen, sondern auch auf die Regel des §. 134 sich bezieht, dem gemeinrechtlichen Grundsatz gemäß, daß jede Handlung eines Geschäftsführers vom Geschäftsherrn mit Rückwirkung auf die Zeit der übernommenen Verbindlichkeit genehmigt werden kann, ohne daß der Gegenpartei eine Befugniß zustände, den ursprünglichen Mangel einer Vollmacht zu ihren Gunsten anzuführen;

4) daß das Gesetz bei Nothfristen keine Ausnahme macht, mithin die zur Wahrung einer Nothfrist durch einen Unbevollmächtigten geschehene Handlung durch die nachgefolgte Bevollmächtigung gerade so angesehen werden muß, als sei jener damals schon bevollmächtigt gewesen;

5) daß der Unterrichter bei seiner Vorverfügung dem Beklagten oder dessen Geschäftsführer keinen Rechtsnachtheil angedroht hat, daher ein im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochener Nachtheil auch nicht erkannt werden konnte.

Die auf Bestätigung der unterrichterlichen Sentenz votirende Minorität ging dagegen von folgenden Ansichten aus: Der §. 133 der Prozeßordnung enthält die allgemeine Bestimmung, daß jeder Bevollmächtigte sich bei seinem ersten Auftreten vor Gericht durch Vollmacht legitimiren müsse. Die §§. 135 und 137 enthalten die Ausnahmen von der Regel des §. 133 für die Fälle der gesetzlich vermutheten oder der bescheinigten Vollmacht.

Die §§. 136 und 137 enthalten wieder die gesetzliche Beschränkung dieser Ausnahme dahin, daß die wirkliche resp. förmliche Vollmacht innerhalb richterlich zu bestimmender Frist nachgebracht werden muß, und der §. 138 verordnet endlich, daß die nachgebrachte Vollmacht im Zweifel auf den Anfang des Prozesses zurückwirken soll. Wenn nun der §. 136 die in §. 135 genannten Personen bei dem ersten gerichtlichen Auftreten als vermuthete Gewalthaber ohne wirkliche Vollmacht zuläßt, und wenn der §. 137 Jeden, welcher den Auftrag bescheinigt, auch ohne Vollmacht zu dem ersten Auftreten bei Gericht für befugt erklärt, so folgt wohl durch ein unterwerfliches Argument vom Gegentheil für die Regel des §. 133, daß Jeder, welcher sich in den Ausnahmsfällen der §§. 135 und 137 nicht befindet, bei Gericht gar nicht zugelassen werden darf, daß derselbe gar nicht befugt ist, auch nur den ersten gerichtlichen Schritt für den angeblichen Gewaltgeber zu thun. Was also ein solcher angeblicher Anwalt dennoch bei Gericht unternimmt, ist unbefugt, und somit ungültig, das Gericht ist nicht schuldig und daher auch nicht berechtigt, einen solchen Anwalt zuzulassen, es kann und darf seine Handlungen nicht berücksichtigen.

Wenn nun ferner das Gesetz für die Ausnahmsfälle des §. 135 und 137 den Richter anweist und resp. ermächtigt, dem vermutheten oder dem mit Bescheinigung versehenen Anwalt die Nachbringung wirklicher resp. förmlicher Vollmacht innerhalb einer anzuberaumenden Frist aufzugeben, so folgt hieraus wieder, daß dieses in der Regel, also wenn es an den Voraussetzungen der §§. 135 und 137 fehlt, nicht geschehen darf, vielmehr die Handlung eines unbevollmächtigten Anwalts ganz unberücksichtigt bleiben muß.

Hieraus ergibt sich ferner, daß der §. 138 wenigstens zunächst nur auf die Fälle sich bezieht, wo die Vollmacht in Gemäßheit der §§. 136 und 137 nachgebracht wird; will man dasselbe aber auch allgemein anwenden, wo überhaupt eine Vollmacht auch ohne gesetzliche Vermuthung und ohne vorgängige Bescheinigung beigebracht wird, und will man den Richter nach §. 134 allgemein für befugt halten, die Nachbringung der Vollmacht, auch abgesehen von den Ausnahmsfällen der §§. 136 und 137 zu verfügen, so kann dieses doch nur ohne Nachtheil der Gegen-

Digitized by Google

partei und ohne deren Rechte zu schmälern geschehen.

Kann man daher zugeben, daß der Richter während des Laufs der Verhandlungen die Beibringung der Vollmacht ohne Weiteres veranlasse, und daß selbst nach dem Urtheil noch eine Genehmigung des Prozesses mit Rückwirkung erfolge, so ist doch die Sache ganz anders, wenn einmal eine Rechtskraft vorliegt, die Gegenpartei also ein formelles Recht erlangt hat. Dieses ist bei Versäumungserkenntnissen nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist des §. 638 der Fall (vergl. §. 389), eine später erfolgte Genehmigung der Handlungen des unbevollmächtigten Anwalts kann zwar zwischen dem letztern und dem Gewaltgeber Wirkung haben, allein den Rechten der Gegenpartei schlechterdings keinen Abbruch thun, sie kann die eingetretene Rechtskraft nicht aufheben, und eine Handlung zum Nachtheil des Gegners nicht gültig machen, welche nach den Gesetzen an und für sich unbefugt, somit ungültig war, und ohne Zustimmung des Gegners ewig ungültig bleiben muß. Die Grundsätze über die Geschäftsführung können daher hier für das Verhältniß des Dritten, nämlich der Gegenpartei des Geschäftsherrn, durchaus nicht maßgebend seyn, und die Ausnahme der Rückwirkung der Vollmacht bei Nothfristen ergibt sich aus der Natur der Sache, insofern dadurch die Rechtskraft aufgehoben würde, von selbst, weil dieses niemals zum Nachtheil der Rechte der Gegenpartei geschehen kann.

Der Unterrichter war daher gar nicht einmal schuldig, dem unbevollmächtigten Anwalt die Beibringung der Vollmacht zum Wiederherstellungsgesuch aufzugeben, er konnte letzteres ganz unberücksichtigt lassen, viel weniger war er verpflichtet oder befugt, einen besondern Rechtsnachtheil anzudrohen. Eine solche Androhung, welche nur darin bestehen könnte, daß sonst die Handlung nicht berücksichtigt werden solle, enthielte eine Erstreckung der Nothfrist, und wäre als solche nach §. 245 der Prozeßordnung offenbar unstatthaft. Findet aber kein Rechtsnachtheil Statt, und muß die Handlung des unbevollmächtigten Anwalts nach der gegentheiligen Ansicht doch berücksichtigt werden, so wird das Urtheil in Ewigkeit nicht rechtskräftig, und der Beklagte könnte nichts bessres thun, als niemals eine Vollmacht ausstellen, um sich dem Anspruch des Klägers auf immer zu entziehen. Eine Ansicht, welche folgerichtig dahin führt, kann aber wohl nicht rationem juris für sich haben.

Haaß.

IV.

Ueber die Verwerflichkeit der Zeugen auf den Antrag der Parteien nach §. 508 der Prozeßordnung.

Man versucht es immer noch, den §. 508 der Prozeßordnung dahin zu beschränken, daß nicht beide Parteien die darin angeführten Zeugen gleichmäßig verwerfen könnten, sondern daß nur jene Partei den Zeugen verwerfen könne, gegen welche der Grund der Verwerflichkeit des Zeugen dahin bestände, daß derselbe wegen seines Verhältnisses zur producirenden Partei für sie, und gegen den Producten aussagen werde. So will man also behaupten, daß zwar z. B. der A. den von seinem Gegentheil producirten Zeugen B. als den Bruder seines Gegentheils verwerfen könne, wenn aber der A. diesen Bruder B. selbst gegen seine Gegenpartei producire, so könne sie denselben nicht verwerfen. Daß dem aber nicht so ist, sondern daß jede Partei den in einem Fall des §. 508 befindlichen Zeugen verwerfen kann, auch wenn man vermuthen könnte, daß er eher für sie als gegen sie aussagen wird, folgt ganz klar aus dem letzten Fall der Verwerflichkeit der Anwälte, Advokaten und Konsulenten. Es wird nämlich nicht bestritten werden, daß die Partei, welche sich des Anwalts, des Advokaten, des Konsulenten bedient oder bedient hat, ihn hinsichtlich der Thatsachen des betreffenden Geschäfts nicht gegen die andrre Partei gebrauchen kann, denn für sie dienend, ist er in ihrem Interesse, und würde also die Vermuthung begründen, daß er auch in ihrem Interesse aussagt. Allein eben weil er in ihrem Interesse ist, so ist er auch ihre Vertrauensperson, die Partei hat dem Anwalt ganz rücksichtslos das ganze Streitverhältniß in seinem vollen wahren Bestand mitgetheilt, und könnte man ihn auf einen Eid hin zwingen, über das Streitverhältniß auszusagrn, so wäre jede Partei, welche sich eines Anwalts bedient, hinsichtlich des Beweises der Thatsachen des Streites dem Gegentheil ganz preisgegeben, denn ihrem Anwalt wird sie die Wahrheit über die streitige Frage mitgetheilt haben, und dieser wird keinen Meineid schwören, und mit Nichtwissen oder Anderswissen da aussagen wollen, wo er weiß, daß seine Partei wohl beurtheilen kann, was er vom Streit kennt. Die Zulässigkeit des Anwalts als Zeuge für die Partei, gegen welche er dient, und als Zeuge gegen die Partei, für welche er dient, würde den ganzen Bestand der Advokatur über den Haufen werfen, weil gewiß der Advokat, welcher gegen seine vertretene Partei ausgesagt hat, nicht mehe als Advokat von ihr beibehalten wird, und wohl auch nicht in ihrem Vertrauen steigt, wenn er zwar für sie aber gegen die ihm mitgetheilte Wahrheit aussagen würde. Man könnte dem Advokaten nicht mehr die Wahrheit über den Prozeß mittheilen, weil man befürchten muß, daß ihn der Gegentheil als Zeuge nimmt, und dann kann er die Partei nicht mit Erfolg bedienen. Und hat man ihm die Wahrheit mitgetheilt, so ist gerade der Anwalt, dem man seine Sache anvertraut, Jener, welcher ihren Verlust mit sich führt. Das ganze Vertrauensverhältniß zwischen Anwalt und Partei wäre vernichtet, jeder Anwalt könnte durch beliebige Zeugschaftsaufrufung seiner Partei entzogen werden, die gegenseitigen Anwälte würden auch als Gegenzeugen auftreten, und jede Vertretung einer Partei wäre rein unmöglich, wenn man den §. 508 so beschränken wollte, wie man es versucht. Die Beschränkung ist zu verwerfen, und den beiden entgegenstehenden Parteien gleichmäßig das Recht der Verwerfung des Zeugen nach §. 508 zu ertheilen *).

Sander.

*) Was hier aus dem Geiste des Gesetzes nachgewiesen wird, ist im Eingang des §. 508 mit dürren Worten ausdrücklich verfügt, indem es dort heißt: „Auf den Antrag der Parteien (also nicht blos der einen Partei) müssen als unzulässige Zeugen verworfen werden ꝛc.“ D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 38. Karlsruhe den 23. September 1837.

I.

Rechtsfall über die Frage, ob die von einem Erben in eine Erbmasse eingeworfenen Liegenschaften auch dann von den darauf verwilligten Unterpfandslasten befreit werden und bleiben, wenn sie wieder dem diese Unterpfänder verwilligt habenden Erben im Loos zufallen. Eine Erläuterung des L. R. S. 865.

Bei der Verheirathung seines Sohnes gab der Vater demselben mehrere Grundstücke mit, welche der Sohn später versetzte. Der Vater starb, der Sohn mußte die Grundstücke in die Erbmasse einwerfen, sie fielen ihm aber wieder großentheils im Loos zu. Diese Grundstücke versetzte nun der Sohn abermals an andere Gläubiger, und bei dem Zugriff der letzten Gläubiger auf ihre Pfandstücke entstand zwischen ihnen und dem frühern Gläubiger ein Streit über die Fordauer des ersten Pfandrechts, welchen der Unterrichter nach L. R. S. 865 dahin entschied, daß er durch die geschehene Einwerfung die Grundstücke als befreit von den frühern Unterpfandslasten ansah, und sonach den früheen Unterpfandsgläubiger mit seiner Einsprache abwies. Dieser appellirte hierher, allein vor der weitern Verhandlung ward die Sache verglichen. Obschon hiernach die oberrichteeliche Entscheidung dieser Streitfrage nicht anzuführen ist, so wird doch ihee Eeörterung nicht überflüssig seyn, da die Frage jedenfalls eine für Unterpfandsgläubiger nicht unwichtige, und unter den französischen Rechtslehrern bestritten ist.

Da nach L. R. S. 843 jeder Erbe zur Einwerfung des vom Erblasser untee einem seigebigen Titel Erhaltenen gesetzlich verbunden ist, so ist das Eigenthum des Erben an der erhaltenen Sache ein bedingtes, auflösliches, und die darauf veewilligten Unterpfandsrechte sind daher nach L. R. S. 2125 der gleichen Auflöslichkeit im Allgemeinen unterworfen. Diesen allgemeinen Grundsatz wendet nun der L. R. S. 865 auf die von einem Erben einzuwerfenden Liegenschaften ausdrücklich an, und da er in der Freiwerdung des eingeworfenen Grundstücks von allen darauf vom Beschenkten verwilligten Lasten keinen Unteeschied macht, sondern solche ganz allgemein duech ihee Einwerfung im Stück erlöschen läßt, so müssen die eingeworfenen Liegenschaften auch dann von den früher darauf verwilligten Lasten befreit erachtet werden, wenn sie wieder demselben Erben im Loos zufallen, denn eine entgegengesetzte Ausnahme enthält der L. R. S. 865 nicht. Die frühere Verwilligung des Unterpfands konnte nur auf den Rechtstitel der Schenkung des Grundstücks vom Erblasser begründet werden, dieser Rechtstitel, obschon sonst ein unwiderruflicher, ist nach L. R. S. 843 hinsichtlich des Erben ein widerruflicher, und dee Widerruf durch die Einwerfung wirklich eingeteeten. Wenn nun auch der Beschenkte das nämliche Grundstück im Loos wieder erhält, so erhält er es nach L. R. S. 883 nicht durch den frühern Titel der Schenkung, sondern duech den Titel des Erben, dieser Titel kann abee nicht über den Tod des Erblassers, nicht über die Zeit der Erbschaftseröffnung hinaussteigen, also auch nicht auf die Zeit der Schenkung zurückkommen. Da abee nur dieser Rechtstitel der Schenkung es ist, auf welchen die früheen Unterpfandsgläubiger das Recht der Verpfändung des Grundstücks von dem Beschenkten und somit ihr eigenes Unterpfandsrecht begründen können, so ist ihr Unterpfandsrecht selbst eeloschen, denn der Rechtstitel dieser Schenkung hat gänzlich aufgehört, und ist durch den Anfall des Grundstücks im Erbloos keineswegs wieder erstanden, als welcher Anfall nur den Titel des nicht übee den Tod des Erblassers hinausgehenden Intestaterbrechts darstellt. Es ist dieses die Meinung von Toullier IV. Nr. 511, und sie hat Manches für sich. Nichtsdestoweniger wird die entgegengesetzte Meinung, welche auch Chabot ad Artikel 865 und Delvincourt vertheidigen, den Vorzug verdienen.

Es ist nämlich nicht zu bestreiten, daß der Beschenkte von seiner Schenkung an wirklicher Eigenthümer ist, was insbesondere daraus folgt, daß ja seine Veräußerungen nach

Digitized by Google

L. R. S. 860 aufrecht erhalten werden. Wenn nun auch sein Eigenthum eine Widerruflichkeit mit sich führt, so können die Folgen dieſer Widerruflichkeit nur dann auch wirklich eintreten, wenn der Widerruf ſelbſt und vollſtändig eingetreten iſt. Sieht man aber dieſen Widerruf von da an eingetreten, wo der Beſchenkte einwurfspflichtig iſt, ſo iſt dieſe Pflicht mit der Erbſchaftseröffnung entſtanden, und da nun der L. R. S. 858 zweierlei Arten der Ausführung der Einwurfspflicht kennt, die Einwerfung im Stück, oder das Zurückſtehen in der Theilung, beiderlei Ausführungsarten aber immer die Einwerfung ſelbſt ſind, ſo müßten auch die Unterpfandslaſten auf jenen Liegenſchaften erlöſchen, mit welchen der Beſchenkte in der Theilung zurückſtehen muß, denn auch von dieſen muß geſagt werden, daß ſie eingeworfen worden ſind, und von ihnen iſt es gleichfalls richtig, daß ſie der Beſchenkte bei dieſem Zurückſtehen in der Theilung nicht durch die frühere Schenkung, ſondern nach L. R. S. 883 durch den Erbſchaftstitel eben ſo gut erhält, als er die im Loos erhaltenen nach L. R. S. 883 als Erbe bekommen hat. Es iſt jedoch eine ausgemachte Sache, daß die Unterpfandslaſten derjenigen Grundſtücke, mit welchen der Beſchenkte nur in der wirklichen Theilung zurückſteht, nicht erlöſchen, obſchon ſie in die Erbmaſſe aufgenommmen ſind, und dann iſt kein Grund einzuſehen, warum nun die Unterpfandslaſten jener Grundſtücke erlöſchen ſollen, welche gleichfalls eingeworfen wurden, und dem Beſchenkten wieder im Loos zugefallen ſind *). Es liegt klar am Tage, daß die Vorſchrift des L. R. S. 865 nur zum Beſten der Miterben dahin gegeben iſt, daß gegen ſie die Unterpfandslaſten eines eingeworfenen Grundſtücks nicht fortdauern, und daß alſo das Erlöſchen dieſer Unterpfandslaſten nur auf den Fall zu beſchränken iſt, wo eine eingeworfene Liegenſchaft an andere Händr kommt, als jene ſind, welche die Unterpfandslaſten verwilligt haben, da aber dieſes gerade dann nicht geſchieht, wenn die Grundſtücke wieder jenem Erben zufallen, welcher das Unterpfand verwilligte, ſo tritt auch die nur zum Vortheil der Erben gegebene Vorſchrift des L. R. S. 865 nicht ein. Der Hauptgrund der entgegengeſetzten Meinung beſteht immerhin darin, daß man behauptet, es ſeie der Rechtstitel, Kraft deſſen der Verpfändende das Grundſtück erhalten, und alſo auch zu verpfänden das Recht gehabt habe, durch die Einwerfung gänzlich erloſchen, alſo auch das darauf ruhende Pfandrecht beendigt. Allein wenn man bedenkt, daß nur Erben nach L. R. S. 857 einander zur Einwerfung verbunden ſind, ſo muß der Einwerfende hinſichtlich des eingeworfenen Grundſtücks auch als ein ſolcher betrachtet werden, der ſchon bei der Schenkung ein Erbrecht, eine Anſprache auf das Erhalten dieſes Grundſtücks im Erbgang hatte, welches aber an die aufſchiebende Bedingung des wirklichen Erbrechts zur Zeit des Erbanfalls, und der wirklichen Zutheilung in der Erbmaſſe zu ſeiner Geltendmachung gebunden war. Es muß angenommen werden, daß ihm das Grundſtück nur in ſeiner Eigenſchaft als einſtiger Erbe, als eine Art Vorempfang gegeben wurde. Die Pflicht der Einwerfung korreſpondirt aber mit ſeinem Recht als Erbe, weil nur Erben einwerfen, in der Zutheilung des früher geſchenkt erhaltenen Grundſtücks im Loos der Erbtheilung liegt die vollendete Zutheilung ſeiner früher ungewiſſen Erbanſprache, jede aufſchiebende Bedingung ſeines wirklichen Erbrechts an das Grundſtück iſt erfüllt, und alſo ſein Eigenthum vom Augenblick des Erhaltens des Grundſtücks an als ein fortgeſetztes, durch nichts unterbrochenes zu erachten, welches keineswegs in allen ſeinen Rechtsgründen durch den Tod des Erblaſſers beendigt worden iſt. Denn ſo wie ſeine Pflicht der Einwerfung der vorher erhaltenen Sachen über den Tod des Erblaſſers hinausſteigt, ſo muß auch ſein ſeitheriges Recht auf dieſes Grundſtück, was ſich ebenfalls vom Erblaſſer herſchreibt, fortwirken. Es kann nur dann als ganz erloſchen angeſehen werden, wenn das Grundſtück weder durch Zurückſtehen in der Theilung, noch durch das Loos ihm verbleibt. Die frühern Pfandrechte dauern auf ſolche, dem Verpfänder im Loos wieder zugefallenen Grundſtücke gegen den Verpfänder und daher auch gegen ſpätere von dieſem verwilligten Pfandrechte fort.

Hinſichtlich der Erben muß aber immer angenommen werden, daß die eingeworfenen Grundſtücke wirklich zur Erbmaſſe gehört haben, und eben deshalb werden die Miterben ihr Vorzugsrecht des L. R. S. 2103, 2109 auch gegen die frühern Pfandgläubiger ausüben können, denn

*) Dieſen Grund möchte ich nicht als ſtichhaltig annehmen.

Nicht die Einwerfungspflicht, ſondern nur das wirkliche Einwerfen und zwar nur das Einwerfen im Stück begründet nach S. 865 die Auflöſung der Pfandlaſten.

Nach S. 858 geſchieht das Einwerfen allerdings auch durch Zurückſtehen in der Theilung, allein mit dieſem Einwerfen verbindet der S. 865 die Aufhebung der Laſten nicht, ſondern ausdrücklich nur mit dem Einwerfen im Stück.

Der S. 858 führt zwei verſchiedene Arten des Einwerfens auf: das Einwerfen im Stück und das Einwerfen durch Zurückſtehen in der Theilung. Hinſichtlich „eines im Stück eingeworfenen Guts," verfügt nun der S. 865 die Auflöſung der Laſten, die gleiche Wirkung hat alſo in keinem Falle einzutreten, wenn die Einwerfung nur auf die andere Weiſe, nämlich durch Zurückſtehen in der Theilung vollzogen wird, ohne daß ſchon hieraus gefolgert werden könnte, daß auch ein im Stück eingeworfenes, dem Einwerfenden aber durch das Loos wieder zugefallenes Gut von den Pfandlaſten nicht befreit werde. D. R.

Digitized by Google

bezüglich ihrer muß immer dem L. R. S. 865 die Wirkung ertheilt werden, daß ein eingeworfenes Grundstück von allen Lasten frei wird, und solche ihren Rechten aus der Erbtheilung keinen Eintrag thun dürfen.

Die Gläubiger der Verlassenschaft dagegen können auch in Ausübung des Rechts der Vermögenssonderung nach L. R. S. 878, 2111 in keiner Weise das Erlöschen der von dem frühern Beschenkten verwilligten Unterpfandsrechte behaupten. Obschon die betreffenden Grundstücke, als eingeworfen in die Erbmasse, auch als ein Theil des ihnen im übrigen verhafteten Erbvermögens angesehen werden, so tritt dieses nur rücksichtlich der Erben ein. Nach L. R. S. 857 ist der Erbe den Erbgläubigern zur Einwerfung nicht verbunden, solche können daher weder die Einwerfung verlangen, noch auf irgend eine Weise daraus einen Vortheil ziehen, daß Erbschaftsstücke bezüglich der Miterben als eingeworfen zu betrachten sind. Bezüglich ihrer dauern daher die früher verwilligten Unterpfandsrechte in jeder Beziehung fort.

Der L. R. S. 865 befreit das eingeworfene Grundstück von allen Lasten, und es fragt sich noch, ob darunter nur die Pfandlasten oder auch andere Grundlasten, wie z. B. Nutznießungen und Dienstbarkeiten, begriffen sind, wie Zachariä §. 632 Nr. 13 behauptet. Wenn es nun zwar richtig ist, daß man unter dem Wort Lasten alle Arten von Grundlasten verstehen kann, so ist es doch nicht zu übersehen, daß das Ende des L. R. S. 865 nur von den Pfandgläubigern spricht, welche zur Wahrung ihrer Rechte bei der Theilung Einsprache einlegen können, und daß also die zu andern Lasten Berechtigten davon ausgeschlossen wären, obschon solche das gleiche Interesse für ihre Einsprache dahin haben, daß sie eine nach L. R. S. 859 nicht nöthige Einwerfung im Stück verhindern. Ueberdies sind derlei andere Grundlasten nach L. R. S. 544 folgde. wirkliche Theile des Eigenthums, und ihre Verwilligung ist also eine theilweise Veräußerung des Eigenthums, welche nach L. R. S. 859 schlechthin aufrecht bleiben muß, und da nun der Gesetzgeber bei den Folgen der Minderung, welche bei weitem ausgebreiteter als die der Einwerfung sind, nach L. R. S. 929 auch nur die Pfandlasten erlöschen läßt, und für andere Lasten im L. R. S. 930 andere Vorschriften ertheilt, so wird man für den L. R. S. 865 gleichfalls anzunehmen haben, daß nur die Pfandrechte erlöschen, andere verwilligte Grundbelastungen aber als theilweise Veräußerungen fortbestehen. Und was wohl jeden Zweifel hierüber heben möchte, ist der Umstand, daß das Gesetz nicht nur im L. R. S. 929, 930, sondern auch in allen andern Fällen der L. R. Sätze 952, 954, 958, 963, wo es von dem Rückfall der Schenkungen spricht, immer von dem Erlöschen der Lasten und Pfandbeschwerden, der Beschwerden und Pfandlasten, der Pfand- und Grundlasten redet. Das Gesetz stellt also die Pfandlasten gegenüber den andern Grundlasten als verschiedene auf, und erwähnt überall beider Arten der Lasten, wo es auch beide erlöschen lassen will. Da es nun im L. R. S. 865 nur des einfachen Wortes Lasten sich bedient, darunter aber wegen alsbald nachgefolgter Erwähnung der Pfandgläubiger ganz unbezweifelt die Pfandlasten versteht, so folgt daraus auf das Gewisseste, daß es auch nur für die Pfandlasten seine Vorschrift ertheilt, und es hinsichtlich der andern Grundlasten bei der Vorschrift des L. R. S. 860 beläßt.

Sander.

II.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über Aushändigung einer Urkunde, und Entsagung auf den Rechtsstreit.

Grundherr von G. stellte dem Altvogt R. eine Urkunde aus, worin er demselben die Berechtigung ertheilte, im grundherrlichen Chor der Kirche zu N. während des Gottesdienstes seinen Platz zu nehmen. Der Aussteller der Urkunde übergab später seine Grundherrschaft seinem Sohn, und dieser stellte nun bei dem Oberamt Pf. eine Klage an, worin er bat, den Altvogt R. zur Herausgabe der Urkunde an ihn, Kläger, anzuhalten, da er ihm das Recht, im grundherrlichen Kirchenchor zu sitzen, nicht zugebe, und der Besitz der Urkunde in Händen des Beklagten ihn immer der Gefahr aussetze, daß dieser sein Recht geltend machen könne. Der Beklagte erklärte, daß er sich anmit des Rechts des Besuchs des grundherrlichen Kirchenchors begebe, allein die Urkunde glaube er nicht aushändigen zu müssen, und nachdem, übrigens mehr im Verwaltungsweg, noch einige Erklärungen und Gegenerklärungen erhoben worden waren, erkannte das Oberamt Pf., Beklagter seie schuldig, die Urkunde bei Strafe von 5 fl. dem Kläger auszuhändigen, und seien die Kosten auf ihn zu werfen.

Dagegen ward anher appellirt und um Abweisung der Klage gebeten, wogegen appellatischer Seits eingewandt wurde, daß die Sache nicht im bürgerlichen Prozeßweg, sondern vor dem Verwaltungsbeamten verhandelt worden seie, also vor die bürgerlichen Gerichte noch gar nicht gehörte. Sodann seie jedenfalls die Appellationssumme nicht vorhanden, das Urtheil seie in Rechten gegründet, und wenn man die Sache im Wege der Appellation annehmen wolle, so seie er ermächtigt, zu erklären, daß der Kläger, Appellat auf den Vollzug des ergangenen Urtheils des Oberamts Pf. verzichte, wodurch also jede Nothwendigkeit einer Entscheidung vor dem Hofgericht wegfalle.

Digitized by Google

Man gieng aber auf alles dieses nicht ein, sondern änderte das ergangene Urtheil dahin ab, daß Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in sämmtliche Kosten abgewiesen werde.

Man verkannte dabei zwar nicht, daß die Verhandlungen vor dem Oberamte Pf. nicht im ganz gehörigen Rechtsweg gepflogen worden seien. Allein da dieses Oberamt eben so gut die zuständige richterliche als wie die Verwaltungsbehörde unter den Parteien war, und die mit einem sogar über die Kosten erkennenden Endbescheid geschlossenen Verhandlungen immerhin, wenn auch nothdürftig, als Verhandlungen eines Rechtsstreits angesehen werden konnten, so fand man dann keinen Anstand, einen bürgerlichen Rechtsstreit zu unterstellen, wenn nachzuweisen war, daß ein solcher vom Kläger beabsichtigt worden und deshalb auch als vorhanden anzusehen seie, weil der Gegenstand des Streits als eine bürgerliche Rechtssache sich betrachten lasse. In ersterer Beziehung hatte nun der Grundherr von G. seine Eingabe selbst als eine Klage bezeichnet, und da es sich in ihr, und hauptsächlich im Verlauf des Streits, nicht mehr um das Recht des Sitzes im Kirchenchor, sondern um die Zurückgabe, um die Aushändigung einer Urkunde handelte, so war letzteres der Gegenstand des Streites. Urkunden aber, als die Wahrzeichen und Beweismittel eines Rechts betrachtet, sind wirkliche Theile des Eigenthums dessen, auf den die Urkunde lautet, wie auch in der Prozeßordnung damit anerkannt ist, daß solche in den §. 786 folgde. vom Eigenthum an Urkunden spricht. Es handelte sich davon, dem Beklagten sein Eigenthum an der Uekunde richterlich abzusprechen, und das war Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits.

Die Urkunde, als Papierwerth betrachtet, erreichte freilich nicht die Appellationssumme, aber als Beweismittel eines Rechts betrachtet, war ihr Werth nach dem Werth des darin enthaltenen Rechts zu schätzen. Dieses Recht läßt sich aber als das Recht des Gebrauchs, der Nutzung des grundherrlichen Kirchenchors beurtheilen, und ist dann in der Werthbestimmung nach den Grundsätzen zu entscheiden, welche das Gesetz über den Werth der Nutzungsberechtigungen aufstellt. Es war also der Fall einer Art Dienstbarkeit des grundherrlichen Kirchenchors vorhanden, und in dieser Unterstellung war es nach §. 1174 Nr. 3 schon ohne alle Abschätzung gewiß, daß der Werth des Kirchenchors als eines dienenden Grundstücks mindestens die Summe von 50 fl. erreichte, also die Appellationssumme darstellte.

Hinsichtlich des Rechts des Klägers auf die Herausgabe der Urkunde war derselbe vor allen Dingen, da er die Urkunde gar nicht ausgestellt hatte, in keiner Weise als legitimirt zu betrachten, die Herausgabe von dem Beklagten zu verlangen. Allein auch angenommen, daß in Uebergabe der Grundherrschaft von dem Aussteller der Urkunde an den Kläger eine Legitimation des Letztern zur Sache gefunden werden könnte, so wäre Kläger als Rechtsfolger des Ausstellers der Uekunde zu betrachten, hätte alsdann nicht mehr Recht als sein Rechtsvorfahrer selbst, und könnte die Herausgabe der Urkunde nicht verlangen, weil der Aussteller der Urkunde selbst dieses nicht thun kann. Wer nämlich einem Andern eine Urkunde über ein ihm verwilligtes Recht aus- und zustellt, begibt sich damit seines Rechts auf diese Urkunde, und überträgt solche in das Eigenthum dessen, auf den die Urkunde lautet. Dieses Eigenthum ist sodann bezüglich des Ausstellers ein unwiderrufliches und gibt demselben nur dann ein Recht auf Zurückgabe der Urkunde, wenn es darin bedungen ist, daß die Urkunde unter gewissen Voraussetzungen, namentlich bei Erfüllung der dem Aussteller nach der Urkunde aufliegenden Verbindlichkeit zurückzugeben ist, was z. B. bei den auf den Inhaber lautenden Schuldurkunden die Regel ist. Brauer VI. Baud S. 121. Hier ist solches gar nicht behauptet, und da ohnedies das in der Urkunde enthaltene Recht gewissermaßen ein Ehrenrecht ist, so dient ihrem Besitzer die Urkunde auch in Nichtausübung seines Rechts immerhin zu einer ehrenvollen Erinnerung, und muß ihm in jeder Beziehung verbleiben.

Auf die Erklärung des Klägers, daß er nicht auf den Vollzug des unterrichterlichen Erkenntnisses anstehen wolle, konnte aber keine Rücksicht genommen werden. Der beklagte Appellant findet sich durch dieses Erkenntniß selbst dahin beschwert, daß der Unterrichter dem Kläger etwas als ein Recht zugesprochen hat, was er, Beklagter, für sich als Unrecht betrachtet. Wenn nun Klägee nur vom Vollzug dieses Erkenntnisses abstehen will, so will er doch damit nicht zugeben, daß das Urtheil selbst Unrecht seie, sondern will nur von seinem Recht keinen Gebrauch machen. Gerade aber darin, daß das Urtheil dem Kläger ein Recht zuspricht, liegt die Beschwerde des Beklagten, und da Kläger von diesem Recht nicht damit zurücktritt, daß er dem ganzen Rechtsstreit entsagt, daß er seine Klage fallen läßt, so mußte über die fortan bestehende Beschwerde des beklagten Appellanten erkannt, und in ihrer rechtlichen Begründung das dem Kläger die Herausgabe der Urkunde zusprechende Erkenntniß dahin abgeändert werden, daß er mit seiner Klage, unter Verfällung in sämmtliche Kosten, abgewiesen wurde.

Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 39. Karlsruhe den 30. September 1837.

I.

Rechtsfall.

Die Anwendung des Schupflehengesetzes vom 15. Nov. 1833 betreffend.

Unterm 10. Febr. 1806 hat die Grundherrschaft von Sch. zu B. zwei dortige, ihr zugehörige Schupflehen, den Nassenhof und das Wirthshaus zum Adler sammt den zu dem letztern gehörigen Gütern

„dem Anton Thum zu B. auf sein angelegt hochfleißiges Bitten und Anerbietung all getreuer Dienste ihme vor sich und seiner jetzigen Hausfrau Maria Ag. Brodmännin auf ihr beider Weil und Lebenlang zu einem rechten Leiblehen und in Leiblehensweise geliehen und verliehen."

Früher hatten in gleicher Weise Anton Thums Eltern, Christ. Thum und Magdalena geborne Roth, beide Lehen inne, indem dieselben vorher im Besitze der Familie der Ehefrau Magdalena Roth waren.

Im Uebrigen ist unbestritten und von der Lehenherrschaft selbst anerkannt, daß beide Lehen, nach der in der Gegend bestandenen Uebung, unter diejenigen gehören, auf welche das Gesetz vom 15. Nov. 1833 (Regierungsblatt S. 260) Anwendung findet.

Im Jahre 1826 starb nun der im Jahre 1806 gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau belehnte Anton Thum kinderlos, worauf seine Wittwe M. Ag. geborne Brodmann, als mitbelehnt, im Besitze der beiden Lehen blieb und sich im Jahre 1828 an Xaver Ortlieb in B. wieder verehlichte.

Am 14. Febr. 1836 starb sodann auch die früher an Ant. Thum und später an X. Ortlieb verehlicht gewesene M. Ag. geborne Brodmann, ohne aus der einen oder andern Ehe Kinder zurück zu lassen.

Ihr hinterlassener zweiter Ehemann X. Ortlieb, einstweilen im faktischen Besitze der Lehen, suchte nun bei der Lehensherrschaft um Belehnung nach. Gleiches geschah auch von Wendelin Thum zu L. und Rosa Thum zu W., als Geschwistern des ersten Ehemanns Anton Thum.

Unterm 23. März 1836 erwiederte die Lehenherrschaft dem X. Ortlieb, daß nach ihrer Ansicht er als Wittwer der letzten Inhaberin nach dem Gesetze vom 15. Nov. 1833 auf die Lehen keinen Anspruch habe. Sie belehnte daher den Bruder des Ant. Thum, Wendelin Thum, der sich verbindlich machte, sie, wenn X. Ortlieb eine Klage auf Belehnung erheben sollte, zu vertreten, beziehungsweise, sofern Ortlieb obsiegen sollte, vom Lehen wieder abzutreten und Kostenersatz zu leisten.

Die M. Ag. Brodmann hatte ebenfalls drei Geschwister hinterlassen, welche in einer Amtsrevisoratsurkunde vom 14. März 1836 die Erklärung abgaben, daß sie

„auf alle Ansprüche an die beiden Lehen, welche ihnen etwa aus Verwandtschaft oder unter irgend einem andern Titel dermal oder später zustehen mögen oder könnten, für immer und allezeit ohne die mindeste desfallsige Entschädigungsforderung hiemit feierlichen Verzicht leisten, sofort dem Adlerwirth X. Ortlieb nunmehr überlassen, das weiter Nöthige desfalls bei der besagten Grundherrschaft für sich einzuleiten."

Xaver Ortlieb erwiederte in derselben Urkunde, er habe gegen diese

„Erklärung nichts zu erinnern, sei vielmehr mit derselben vollkommen zufrieden."

Unterm 6. Sept. 1836 ließ indessen Wendelin Thum seine Belehnung (mit der erwähnten Vertretungsverbindlichkeit) in das Grundbuch eintragen und erhob sodann am 7. des nächsten Monats gegen X. Ortlieb eine Klage, worin er auf den Grund seines Verwandtschaftsverhältnisses zum letzten Besitzer Ant. Thum, und auf den Grund der von der Lehenherrschaft ihm ertheilten Belehnung das Petitum stellte, das Bezirksamt möge aussprechen:

„der Beklagte sei schuldig, den Kläger als Todbeständer der in seinem, des Beklagten, Besitze befindlichen Freiherrn von Sch....schen Lehngüter in der Gemarkung B., nämlich des Wirthschafts- und des Nassenhofslehens anzuerkennen und verbunden, ihm diese beiden Güter nebst Zinsen vom Tage der Ladungseröffnung an

Digitized by Google

binnen drei Tagen bei Vermeidung des Vollzugs auszuantworten, und die Kosten dieses Rechtsstreits allein zu tragen."

Der beklagte X. Ortlieb wendete ein: nicht des Klägers Bruder, Anton Thum, sei als der letzte Besitzer zu betrachten, sondern vielmehr die M. Ag. Brodmann, als deren Wittwer er, der Beklagte, da sie keine Kinder hinterließ, nach der Observanz und nach dem Gesetze vom 15. Nov. 1833 §. 1 auf Wiederbelehnung Anspruch habe.

Hätte aber auch der Wittwer keinen Anspruch, so wäre das Lehen doch nicht einem der Geschwister des Anton Thum, sondern einem der Geschwister der M. Ag. Brodmann, als der letzten Besitzerin, zu verleihen. Die Geschwister der letztern haben aber zu des Beklagten Gunsten auf ihre Ansprüche verzichtet, daher sei der Beklagte jedenfalls der allein Berechtigte, und der Lehenherr habe nur aus unrichtiger Ansicht des Gesetzes den Kläger belehnt.

Der Beklagte bat daher,

„die an den Kläger geschehene Belehnung für ungültig zu erachten und deshalb denselben mit seiner Klage, unter Verfällung in alle Kosten, abzuweisen."

Nach geschlossener Verhandlung gab das Bezirksamt unterm 13. October 1836 das Urtheil dahin:

„dem Kläger stehe als Todbrständer das Besitz- und Genußrecht an den in der Gemarkung B. gelegenen Freiherrn von Sch.... schen Schupflehengütern, Wirthschafts- und Nassenhoflehen genannt, zu, daher sei der Beklagte schuldig, dem Kläger innerhalb drei Wochen bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung diese beiden Güter sammt Entschädigung für die Benützung..... auszuantworten ꝛc."

In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

1) Als Bruder des frühern Lehenbesitzers sei der Kläger mit den beiden Lehen vom Lehenherrn belehnt worden.

Durch den bloßen Lehensvertrag sei nach S. 1831 a. d. das Besitzrecht auf ihn übergegangen, und da der Todbeständer nach S. 1831 a. e. die Rechte eines Nutznießers habe, so stehe ihm eben damit nach S. 526 ein dingliches Recht zu, welches er gegen jeden Dritten vor Gericht geltend machen könne, sobald er es, wie hier geschehen, in das Grundbuch habe eintragen lassen.

2) Der Beklagte könne auf den Grund des von den Geschwistern seiner verstorbenen Frau angeblich zu seinen Gunsten geleisteten Verzichts keine Ansprüche erheben, da er nicht dargethan habe, daß in dieser Beziehung die Voraussetzungen des Gesetzes vom 15. Nov. 1833 vorhanden seien, und die Geschwister seiner verstorbenen Ehefrau ohne lehenherrliche Genehmigung ihm ihre Rechte jedenfalls nicht hätten abtreten können. S. 1163 und 1831 b. g.

3) Eben so wenig könne der Beklagte aus seiner Eigenschaft als Wittwer der letzten Besitzerin Rechte auf die Lehen ableiten, da der §. 1 des Gesetzes nur von der Wittwe und nicht auch vom Wittwer spreche, und aus den ständischen Verhandlungen hervorgehe, daß man nur die Wittwe, die Abkömmlinge und die Geschwister des letzten Besitzers, nicht aber auch entferntere Seitenverwandte oder einen Wittwer habe begünstigen wollen. Die Letztern könnten nach §. 10 des Gesetzes ein Recht nur in sofern ansprechen, als ihnen solches ohne Rücksicht auf dieses Gesetz schon nach dem Sinne des Lehenvertrags zustehe.

4) Wenn übrigens der Beklagte auch wirklich ein Recht auf Belehnung hätte, so könnte er solches gegenüber dem Kläger gleichwohl nicht geltend machen. Es stünde ihm nur ein persönliches Recht gegen den Lehenherrn zu, welches er durch eine Klage auf Belehnung gegen diesen verfolgen müßte, und erst der im Falle des Obsiegens zu errichtende Lehenvertrag und dessen Eintragung in das Grundbuch würde ihm alsdann ein gegen Dritte vor Gericht wirksames Besitzrecht geben. S. 1831 a. d. und S. 1583 a.

Bemerkungen.

Fragt man zuerst,

I. was zur Begründung der Klage an und für sich gehöre? — so ist klar, daß dazu die bloße Vorlage des Lehenvertrags nicht genügen würde.

Wer eine Liegenschaft kauft und mit dem Kaufvertrag auftritt, um die Liegenschaft vom dritten Besitzer herauszufordern, hat durch diesen Kaufvertrag seine Vindikation noch nicht begründet. Zur Vindikation gehört vielmehr der Beweis des Eigenthums. Wenn also der Käufer nicht nach S. 2265 das Eigenthum selbst bereits ergriffen hat, so muß er außer der Thatsache des Kaufs auch darthun, daß sein Verkäufer selbst das Eigenthumsrecht erworben hatte *).

*) Auch bei der actio publiciana, welche der S. 544 e. Abs. 2 in etwas veränderter Gestalt wieder giebt, genügt es an der bloßen Beibringung des Kaufvertrags nicht, sondern es ist dazu nach S. 544 e. Abs. 2 mindestens noch erforderlich, daß der Käufer auf den Grund seines Kaufvertrags hin die Sache ein Jahr lang ungestört besessen und nur durch Eigenmacht wieder verloren habe.

Das Eigenthum geht zwar nach S. 1583 durch den bloßen Kaufvertrag, so wie das Nutznießungsrecht nach S. 1831 a. d. durch den bloßen Lehenvertrag auf den Käufer, beziehungsweise auf den Belehnten über, allein das Eigenthum oder Nutznießungsrecht muß doch in der Hand des Verkäufers oder Belehners auch wirklich vorhanden seyn, wenn es durch den Kauf oder Lehenvertrag auf

Digitized by Google

Eben so muß derjenige, welcher sich von einem Andern durch Lehenvertrag das Nutznießungsrecht von einem Gute abtreten ließ und nun nicht etwa blos auf Erfüllung dieses Vertrags gegen den Lehenherrn selbst klagt, sondern mit einer dinglichen Klage gegen den dritten Besitzer auftritt, nicht allein die geschehene Belehnung, sondern noch die weitere Thatsache darthun, daß demjenigen, von dem er das Nutznießungsrecht erwarb, dasselbe auch selbst zustand.

Der Eintrag in das Grundbuch kann hier so wenig als beim Eigenthumserwerbe von diesem Beweise befreien. Der Eintrag in das Grundbuch ist nur die Bedingung, ohne welche das erworbene dingliche Recht gegen Dritte nicht geltend gemacht werden kann, er ist aber nicht das Fundament eines solchen Rechts selbst, d. h. er bringt das Recht nicht hervor, wenn es nicht vor dem Eintrag an und für sich schon gesetzlich besteht, sondern er macht nur das bereits bestehende Recht gegen Dritte wirksam, in derselben Weise, wie ein Pfandrecht durch den Eintrag in das Pfandbuch nicht erzeugt, sondern, so weit es bereits besteht, in seiner Wirksamkeit nur gewahrt wird.

Aus allem diesem folgt nun, daß durch den bloßen (wenn gleich eingetragenen) Akt der Belehnung die vorliegende Klage noch nicht begründet sei, — daß vielmehr dieser Akt der Belehnung für den Kläger gewissermaßen nur die legitimatio ad causam bilde, indem er dadurch berechtigt wird, das Nutznießungsrecht, beziehungsweise die Dispositionsbefugniß des Lehenherrn über die Lehen gegen den jetzigen Besitzer für sich zu verfolgen, — daß aber die Hauptfrage immer die sei, ob dem Lehenherrn selbst das mittelst der vorliegenden Klage verfolgte Recht zustünde, ob er nämlich vom Beklagten die Lehengüter herauszufordern befugt wäre, oder mit andern Worten: ob und unter welchen Beschränkungen er der Eigenthümer jener Güter sei.

Das Eigenthumsrecht des Freiherrn von Sch. an und für sich ist vom Beklagten nicht in Streit gezogen, sondern nur die Unbeschränktheit desselben, indem die Güter Schupflehen seien, über welche dem Freiherrn von Sch. als Lehenherrn keine freie Verfügungsgewalt zuste[illegible] sondern hinsichtlich deren er die gesetzliche Verpflichtung habe, sie ihm, dem Beklagten, zu verleihen.

Die Frage, wem hinsichtlich dieser Eigenthumsbeschränkung und ihrer Modalitäten der Beweis obliege, ob nämlich der Beklagte die Beschränkung, oder der die Rechte des Lehenherrn gegen ihn verfolgende Kläger die Unbeschränktheit des Eigenthumsrechts zu beweisen habe? — ist hier ohne praktischen Werth, weil in dieser Beziehung nichts Thatsächliches im Streite liegt, denn beide Parteien sind einig, daß es sich hier um Lehen handelt, bei welchen die Voraussetzungen des Gesetzes vom 15. Nov. 1833 vorhanden sind, und auch hinsichtlich der nach diesem Gesetze erheblichen Verwandtschafts- und Eheverhältnisse der verschiedenen Betheilgten waltet kein Streit ob, sondern es handelt sich nur um die Auslegung des Gesetzes, um die Frage, was aus den vorliegenden Verhältnissen gesetzlich abzuleiten sei? — und diese Fragen löst sich der Richter aus dem Gesetze selbst, ohne daß der eine oder der andere Theil als beweispflichtig erschiene.

Aus dem Gesagten geht übrigens hervor, daß es jedenfalls unrichtig ist, wenn behauptet wird, durch die Vorlage des Lehenvertrags sei die Klage schon begründet, und der Beklagte könnte seine Rechte auf das Lehen hier im Wege einer Einrede gar nicht geltend machen, sondern müßte sie vorerst mittelst einer auf Belehnung gerichteten Klage gegen den Lehenherrn selbst verfolgen.

Der Kläger hat gegen den Beklagten auf Ausfolgung der Güter kein anderes Recht, als jenes, welches ihm der Lehenherr durch den Lehenvertrag abgetreten hat, er kann also nur aus den Rechten des Lehenherrn klagen, und eben darum kann ihm der Beklagte auch alles das entgegen halten, was er dem Letztern selbst entgegen halten könnte. Wenn der Beklagte nach den obwaltenden Verhältnissen die Belehnung für sich selbst zu fordern berechtigt ist, so kann er auch dem Lehenherrn, beziehungsweise dessen klagendem Rechtsnehmer, die Ausfolgung desselben verweigern.

Es fragt sich also:

II. welches sind die Gründe, auf welche der Beklagte seine eigenen Ansprüche auf Belehnung baut?

Er fordert die Belehnung

1) als Wittwer der letzten Besitzerin, und außerdem

2) vermöge des, von des Letztern Geschwistern zu seinen Gunsten geleisteten Verzichts.

Nach dem oben angeführten Inhalte der Lehenbriefe vom 10. Febr. 1806 muß die M. Ag. Brodmann, welche ihren Ehemann Ant. Thum überlebte, allerdings als die letzte Besitzerin betrachtet werden.

Die Lehen waren nicht blos dem Anton Thum verliehen, und die M. Ag. Brodmann hatte nicht blos als dessen Wittwe noch den lebenslänglichen Fortgenuß, sondern sie war selbst mitbelehnt, sie war also nach ihres Mannes Tod die selbstständige Lehenin haberin, und da zwischen ihr und den gegenwärtig streitenden Theilen kein weiterer

---

den Käufer oder Belehnten übergehen soll. Insofern also das Daseyn desselben in der Hand des Titelgebers selbst bestritten wird, kann es zur Begründung einer Klage gegen den dritten Besitzer an dem Kauf- oder Lehenvertrag noch keineswegs genügen.

Digitized by Google

Lehenbesitzer vorhanden war, es sich vielmehr eben jetzt um ihre Lehensnachfolge handelt, so gilt sie als die letzte Besitzerin, an deren Angehörige nach §. 1 des Gesetzes vom 15. Nov. 1833 die Lehen wieder zu verleihen sind.

Es fragt sich daher nur:

Zu 1 — ob der Wittwer dieser letzten Besitzerin unter die zur Wiederbelehnung berechtigten Angehörigen derselben zu zählen sei, und in welcher Ordnung?

Ein anderer Rechtsgrund zu einer solchen Belehnung in der Eigenschaft eines Wittwers, als die Bestimmung des Gesetzes selbst, ist hier nicht angegeben, denn es ist nicht gesagt, daß durch den Wortlaut oder durch den Sinn des Lehenvertrags ein derartiger Anspruch besonders begründet sei, und wenn sich nur allgemein auf eine Observanz berufen wird, so sind weder die nach S. 6 f. zur Begründung eines solchen Herkommens erforderlichen thatsächlichen Momente angegeben, noch ist nachgewiesen, wie hier ausnahmsweise das Herkommen, der allgemeinen Vorschrift des S. 6 d. entgegen, Rechte (auf Lehennachfolge) schaffen könne.

Der S. 1831 a. e., der sich auf den Landesbrauch bezieht, hat dabei nur den Umfang der Rechte und Verbindlichkeiten des vorhandenen Lehenmannes, nicht aber die Lehennachfolge der Angehörigen im Auge, und auch das Gesetz vom 15. Nov. 1833 erklärt in Bezug auf die Nachfolge in Schupflehen keineswegs allgemein das Herkommen für maßgebend, seine Vorschrift ist weiter und enger zugleich. Weiter geht sie, in so fern sie zu Gunsten der Abkömmlinge, der Wittwen und der Geschwister des letzten Besitzers ein Recht auf Wiederverleihung statuirt, ohne alles das zu fordern, was der S. 6 f. zur Begründung eines Herkommens verlangt. Enger ist sie aber, in so fern sie das Recht auf Wiederverleihung streng nur den Abkömmlingen und eventuell den Wittwen und den Geschwistern gewährt, ohne zu Gunsten anderer Angehörigen ein, wenn gleich nach S. 6 f. etwa vollständig begründetes Herkommen wirksam seyn zu lassen, so weit daraus nicht vielleicht nach §. 10 des Gesetzes auf den Sinn des Lehenvertrags selbst geschlossen werden kann.

Die einzige Frage ist also: ob das Gesetz vom 15. Nov. 1833 im §. 1 bei Schupflehen, bei welchen die dort erwähnten Voraussetzungen vorhanden sind, auch dem Wittwer einer letzten Besitzerin ein Recht auf Wiederbelehnung zugestehe? — und diese Frage wird zu verneinen seyn, nicht blos weil des Wittwers dort gar nicht erwähnt ist, sondern auch, weil eine analoge Anwendung der zu Gunsten der Wittwe gegebenen Vorschrift auf Wittwer um so unzulässiger ist, als die Gründe, auf welchen die Vorschrift beruht, bei dem Wittwer nicht eben so, wie bei der Wittwe eintreten.

Wie schon bemerkt, so beruht das Gesetz vom 15. Nov. 1833 weniger auf der Unterstellung wirklicher Rechte, welche vermöge eines rechtsbegründeten Herkommens bereits bestehen, als vielmehr auf staatswirthschaftlichen Gründen, nämlich auf der Betrachtung, daß es zum Verderben ganzer Gegenden führen müßte, wenn man die Lehenherren über die heimgefallenen Schupflehen anders, als es die frühere milde Uebung mit sich brachte, verfügen, die Lehenleute in ihren Lehenlasten willkührlich steigern und ihre Familien von den Lehen willkührlich vertreiben ließe. Ohne Rücksicht darauf, ob die Lehenherren vor dem Jahr 1802 an, das damals beobachtete Verfahren, wornach sie die heimgefallenen Lehen an Angehörige des letzten Besitzers jeweils wieder verliehen, wirklich gebunden gewesen, oder ob dieses Verfahren nur auf Billigkeitsgründen und auf Rücksichten für das öffentliche Wohl beruhte, hat man dasselbe nun durch das Gesetz vom 15. Nov. 1833 festgehalten, und unter gewissen Beschränkungen für verbindlich erklärt.

In Bezug auf die gedachten allgemeinen Gründe, — vermöge deren das Gesetz sich nicht streng blos an observanzmäßige Rechte angelehnt, sondern aus einer Art politischer Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit selbstständig verfügt hat, — ist es nun aber einleuchtend, daß diese Gründe zu Gunsten des Mannes nicht in gleicher Maße vorhanden sind, wie zu Gunsten der Frau.

Die Frau wird in die Familie des Mannes aufgenommen, und nicht der Mann in jene der Frau; sie darf also billig mit den übrigen Angehörigen des Mannes in einem gewissen Range auf das von diesem hinterlassene Lehen Anspruch machen, wogegen der Mann, als nicht in die Familie der Frau übergetreten, auf die in dieser Familie wieder zu verleihenden Lehen keinerlei Ansprüche erwarb. Auch ist zu erwägen, daß gesetzlich der Mann die Frau und nicht die Frau den Mann zu ernähren hat, daß es also auch in dieser Beziehung nicht so dringend ist, dem Mann Ansprüche auf das von der Frau hinterlassene Lehen einzuräumen, wie es dringend ist, daß die Frau solche Ansprüche an das Lehen des Mannes habe, wenn keine Kinder, die vor ihr noch den Vorzug verdienen, vorhanden sind.

Es wurde deshalb auch bei der Berathung des Gesetzes vom 15. Nov. 1833 immer nur allein der Fall hervorgehoben, daß der kinderlose letzte Besitzer eine Wittwe hinterlasse, und auch nur von diesem Falle ist im Gesetze speciell die Rede.

Die analoge Anwendung oder ausdehnende Erklärung dieses singulären Gesetzes ist hiernach sicher unstatthaft,

Digitized by Google

und die Ansprüche, die der Beklagte als Wittwer der letzten Besitzerin erhebt, erscheinen ungegründet.

Es fragt sich nun noch,

zu 2 — wie es sich mit den Ansprüchen verhalte, die er aus dem von den Geschwistern seiner verstorbenen Frau zu seinen Gunsten auf ihre Ansprüche an das Lehen geleisteten Verzichte ableitet?

Daß diese Geschwister der letzten Besitzerin bei dem Abgang von Abkömmlingen und einer Wittwe ein Recht auf die Nachfolge in den Lehen anzusprechen hätten in der Art, daß der Lehenherr einem von ihnen die Lehen wieder verleihen müßte, kann wohl nach dem §. 1 des Gesetzes kaum bezweifelt werden. Die M. Ag. Brodmann war nämlich, wie schon oben bemerkt ist, nicht blos faktisch noch im lebenslänglichen Fortgenusse der Lehen, sondern sie war schon im Jahre 1806 selbstständig belehnt. Sie hatte mit ihrem vor ihr verstorbenen Manne Ant. Thum am Lehen ganz gleiche Rechte. Da sie nun die Längstlebende war, so blieb sie nach dem Tode ihres Mannes die allein Belehnte. Alles, was das Gesetz vom letzten Besitzer spricht, gilt also auch von ihr, und die Geschwister des Ant. Thum, als des vorherigen Mitbesitzers, haben so wenig Ansprüche zu machen, als etwa die Geschwister des drittletzten Besitzers, Christ. Thum, wenn deren noch am Leben wären.

Haben nun aber die Geschwister der letzten Besitzerin M. Ag. Brodmann auf ihre Ansprüche verzichtet, so folgt nur, daß, weil sie die noch allein Berechtigten waren, der Lehenherr über die Lehen jetzt frei verfügen, also auch sie beliebig dem Kläger übertragen konnte.

Der Beklagte sagt zwar, die Geschwister der M. Ag. Brodmann haben zu seinen Gunsten Verzicht geleistet; davon ist aber in dem oben erwähnten Akte vom 14. März 1836 keine Rede, es ist dort vielmehr unbedingter Verzicht geleistet und dem Xav. Ortlieb ausdrücklich überlassen, nun, da die verzichtenden Geschwister ihm nicht mehr im Wege stehen, seine eigenen Rechte bei der Lehenherrschaft geltend zu machen. Wäre der Beklagte zur Lehennachfolge mit einem spätern Range selbst berechtigt, so würde es an jenem Verzichte seiner Vormänner allerdings genügen, so daß er von seinem eigenen Rechte nun Gebrauch machen und an die Stelle der Verzichtenden vorrücken könnte*). Da er aber nicht selbst berechtigt ist, so ist es in Bezug auf ihn ohne Einfluß, ob die Berechtigten verzichteten oder nicht, und selbst wenn in der Urkunde vom 14. März 1836 ausdrücklich gesagt wäre, daß die Geschwister der M. Ag. Brodmann nur zum Vortheil des Beklagten verzichten, so wäre dies doch nur in so fern gültig gewesen, als das Eine derselben die Belehnung nach §. 1 des Gesetzes wirklich angenommen, sofort die Lehen an den Beklagten abgetreten hätte.

Schon bei dem gemeinen Erbe kann man auf die Erbschaft nicht zu Gunsten eines Andern verzichten, ohne sie zugleich selbst anzutreten.

Wer auf die Erbschaft verzichtet, wird nach S. 785

„so angesehen, als wäre er nie Erbe gewesen,"

und nach S. 786 wächst der Antheil des Verzichtenden den Miterben zu, oder die Erbschaft fällt, wenn er allein Erbe gewesen wäre, auf den nach dem Grad Nächstfolgenden. Der Erbe kann somit, wenn er verzichtet, über die Erbschaft nichts verfügen, d. h. nicht zu Gunsten eines willkührlich gewählten Dritten verzichten. Thut er dies dennoch, so liegt eben darin nach S. 780 Nr. 1 die Annahme der Erbschaft und der auf solche Weise Annehmende hat sich die Folgen der Erbschaftsantretung (S. 873 ꝛc.) gefallen zu lassen, wenn er gleich, wie im Falle des S. 780 Nr. 1 durch den nämlichen Akt die Erbschaft wieder einem Andern abtritt.

In gleicher Weise könnte auch die Uebertragung der Rechte auf Lehenfolge von Seiten der Geschwister der M. Ag. Brodmann an den Beklagten keineswegs durch einen eigentlichen Verzicht zu Gunsten des Letztern (da dieser im Falle eines unbedingten Verzichts nicht aus eigenem Rechte einrückte), sondern nur von Seiten desjenigen jener Geschwister, welches nach §. 1 des Gesetzes wirklich belehnt würde, durch Abtretung seines Bestands an den Beklagten geschehen. Die Folge davon wäre, daß beide, sowohl dasjenige von den M. Ag. Brodmannschen Geschwistern, welches belehnt würde, als auch der Beklagte, an den das Lehen von diesem wieder übertragen worden wäre, den Ehrschatz bezahlen müßten.

Daß aber auf diese Weise die Abtretung des Lehenbesitzes an den Beklagten geschehen könnte, dürfte nach S. 1717 und unter den im L. R. S. 1831 b. g. enthaltenen Beschränkungen keinem Anstande unterliegen.

Nach S. 1717 hat nämlich der Beständer nicht blos das Recht der Afterbestandgabe, sondern er kann den Bestand auch ganz auf einen Andern übertragen,

*) Wenn z. B. unter mehreren Kindern, unter welchen der Lehenherr nach §. 1 des Gesetzes vom 15. Nov. 1833 das Eine nach seiner Auswahl zu belehnen hat, alle außer Einem auf das Recht, die Belehnung zu fordern, Verzicht leisten, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Verzichtenden als gar nicht vorhanden betrachtet werden, und daß der einzige Nichtverzichtende, als der noch allein Berechtigte, die Belehnung fordern kann. Gleiches kommt der eventuell berechtigten Wittwe, beziehungsweise den Geschwistern zu gut, wenn alle Kinder, beziehungsweise die Kinder und die Wittwen Verzicht leisten.

Digitized by Google

und zwar unbeschränkt mit allen darauf bezüglichen Rechten, folglich auch mit den etwaigen Rechten auf die Lehenfolge, sofern nur aus der Uebertragung nach S. 1717 a. dem Bestandgeber kein Nachtheil erwächst. Schon in Folge dieser letztern gesetzlichen Bestimmung (S. 1717), so wie auch deswegen, weil jetzt durch das Gesetz vom 15. Nov. 1833 auch bei den in Frage stehenden Schupflehen eine gewisse Erbfolge eingeführt ist, wird nun namentlich die durch den S. 1831 b. g. für die Veräußerung eigentlicher Erblehen gegebene doppelte Beschränkung auch hier eintreten müssen. Diese Beschränkung besteht darin, daß der Lehenherr die Zustimmung zur Uebertragung versagen kann, wenn entweder derjenige, an den die Uebertragung geschehen soll, kein „für Leistung der Lehenpflichten sicherer Besitzer" wäre, oder wenn das auf unbestimmte Zahl von Erben lautende Erblehen auf dem Heimfall steht. Die letztere Bedingung wäre hinsichtlich der unter dem Gesetze vom 15. Nov. 1833 begriffenen Schupflehen dahin auszudrücken, daß der Lehenherr seine Zustimmung zur Uebertragung des Lehens von einem Lehenbesitzer auf einen Andern alsdann verweigern könnte, wenn der Letztere Abkömmlinge, oder eine Ehefrau, oder Geschwister hätte, der Erstere aber ohne solche Angehörige wäre, bei diesem also die Voraussicht bestünde, daß nach seinem Tode der Lehenherr über das Lehen frei verfügen könnte, während diese Aussicht bei demjenigen, an welchen die Uebertragung geschehen soll, in Hinblick auf seine Angehörigen nicht vorhanden wäre.

In so fern nun ein Verhältniß der letztern Art im vorliegenden Falle dem Beklagten nicht entgegengehalten werden könnte, er auch persönlich ein für Leistung der Lehenpflichten sicherer Besitzer ist, hätte der Lehenherr verpflichtet werden können, für den Fall, daß Eins der Geschwister der M. Ag. Brodmann die Belehnung gesucht und die Lehen dann dem Beklagten übertragen hätte, diesen wirklich zu belehnen.

So wie die Sache aber jetzt liegt, wo nämlich eine solche Uebertragung nicht erfolgte und der Beklagte aus eigenem Rechte als Wittwer der letzten Besitzerin die Belehnung nicht fordern kann, sind seine Ansprüche ungegründet, und er ist zur Ausfolgung der Lehen an den Lehenherrn, beziehungsweise an den von diesem belehnten Kläger allerdings verbunden. Bekk.

II.

Curiosum.

In Sachen Werner gegen Harras.

Kläger hatte eine bestimmte Summe gegen den Beklagten gefordert, womit er beim Amte X., unter Verfällung in die Kosten, abgewiesen wurde. Auf ergriffene Appellation wurde jedoch das amtliche Erkenntniß aufgehoben, und erkannt: daß der Beklagte, unter Verfällung in die Kosten, die eingeklagte Summe zu zahlen schuldig sei.

Nachdem das Urtheil rechtskräftig geworden war, rief der Kläger beim Amte auf Vollzug desselben an, indem er bat:

1) die Exekution wegen des Kapitals eintreten zu lassen, und

2) dem Beklagten aufzugeben, die dekretirten amtlichen und hofgerichtlichen Kosten bei Exekutionsvermeidung zu zahlen.

Hierauf wurde verfügt:

1) Ist das Duplikat der klägerischen Eingabe vom 17. d. M. dem Beklagten zuzustellen, mit dem unbedingten Auftrag zur Zahlung des Kostenbetrages der ersten und zweiten Instanz mit 33 fl. 45 ½ kr. binnen 14 Tagen, bei Vermeidung des Vollstreckungsverfahrens.

2) Nachricht dem klägerischen Anwalt, mit dem Anfügen, daß auf das Gesuch wegen Erlassung der Hülfsvollstreckung dann erst verfügt werden könne, wenn er sich anher ausgewiesen haben werde, daß das Urtheil, dessen Vollzug verlangt wird, dem Beklagten zugestellt und die im Urtheil bestimmte Zahlungsfrist verflossen sei.

Amt N.

Das großherzogl. Amt stützte, wie es sich später aussprach, diese Verfügung auf §. 1229 der Prozeßordnung. — Die Kosten wurden dann später auf Anrufen exekutorisch erhoben, während der Urtheilsvollzug in der Hauptsache ferner beharrlich verweigert wurde.

Wenn das Amt das Urtheil in der Hauptsache erst nach Einhändigung des oberrichterlichen Erkenntnisses für vollziehbar erklärte, so konnte doch wohl, wie sich von selbst versteht, vor dieser Insinuation keine Exekution auf die hofgerichtlichen Kosten erkannt werden, denn fürs Erste ist die hofgerichtliche Kostenbestimmung integrirender Theil des Urtheils und fürs Zweite sind Kosten das Accessorium, welches seinem Principale folgt. Es ist daher, wenn nichts Anderes im Urtheile gesagt ist, die Zahlung der Kosten an dieselbe Frist und an dieselbe Bedingung wie die Hauptsache gebunden. Nothwendigerweise muß daher die Analyse der amtlichen Verfügung,

wornach eine Partei auf Zahlung der Kosten eines verlorenen Prozesses exequirt werden kann, während das Urtheil noch nicht vollziehbar ist,

sonderbar klingen.

Digitized by Google

III.

Müssen alle einzelnen Acte einer peinlichen Untersuchung nothwendig von inländischen Gerichten vorgenommen worden seyn, um darauf ein Strafurtheil gegen Inländer bauen zu können?

Am 19. September 1836 wurde auf dem Hatzfeld zu Barmen, königl. preußischen Landgerichts Elberfeld, ein Taglöhner durch einen Schustergesellen erschlagen, welcher den andern Morgen aus dortiger Gegend verschwunden und am 5. October in seiner Heimath zu Grünsfeld zur Haft gebracht worden ist. Da der von der königl. preußischen Behörde begehrten Auslieferung des Beschuldigten nicht Statt gegeben werden konnte, so erhielt das Amt Gerlachsheim auf den Grund des §. 4 der Erläuterungen zum Strafedict den Auftrag, die Untersuchung zu pflegen und zu dem Ende die erforderlichen Requisitionen an das königl. preußische Landgericht Elberfeld zu erlassen.

Letzteres hatte mittlerweile den Thatbestand erhoben, das Zeugenverhör gepflogen und den Meister des Beschuldigten, welcher an der Mißhandlung ebenfalls Theil genommen haben sollte, in Untersuchung gezogen.

Von diesen Verhandlungen wurden dem Amte Gerlachsheim beglaubigte Auszüge und späterhin, nachdem die Anklagekammer den Meister außer Verfolgung gesetzt hatte, dem großherzogl. Hofgerichte die Orginalakten selbst mitgetheilt.

In der Specialuntersuchung stellte Inculpat die Beschuldigung durchaus in Abrede. Als nun die Sache beim großherzogl. Hofgerichte zur Entscheidung kam, wurden von Seiten des Instructivvotanten gegen das bisherige Procedere mehrfache Bedenken erhoben, welche theils in der Incompetenz, theils in der beschränkten Criminalgerichtsbarkeit des preußischen Instructionsrichters, theils endlich in der mangelhaften Form einer bloßen Voruntersuchung ihren Grund haben und den Ausspruch rechtfertigen sollten, daß auf die vorliegende Untersuchung ein peinliches Urtheil nicht gefällt werden könne.

Eine eminente Stimmenmehrheit hielt indessen dafür, daß die preußische Behörde als forum domicilii et delicti commissi unzweifelhaft competent gewesen sei, die Untersuchung einzuleiten und den Thatbestand festzustellen; weshalb es sich zunächst nur fragen könne: ob hiebei die Formen beobachtet worden, welche nach unserer Gesetzgebung eingehalten werden müssen, um als Grundlage zur Fällung eines peinlichen Erkenntnisses zu dienen?

Zur Beantwortung dieser Vorfrage ward bemerkt: Die Legalinspection und Section entspricht allen formellen Erfordernissen unserer Legalinspectionsordnung. Der Kreisphysikus und der Wundarzt sind zu diesem Acte speciell beeidigt worden. Nach der äußern Besichtigung des Leichnahms wurden die drei großen Cavitäten geöffnet und die Resultate des Befunds aufgezeichnet. Das hierüber aufgenommene Protokoll ist von dem Instructionsrichter und dessen Actuar, sodann von den beiden Kunstverständigen, von dem Polizeicommissär und dem Staatsprocurator, so wie von einem praktischen Arzte, welcher dem Act beiwohnte, unterschrieben, ja sogar paraphirt. Zwar wurden keine Urkundspersonen unter diesem Namen beigezogen; allein dafür können der Staatsprocurator, der Polizeicommissär und der praktische Arzt angesehen werden. Jedenfalls ist die nicht geschehene Zuziehung von Urkundspersonen nach den Schlußworten der Legalinspectionsordnung kein wesentlicher Mangel. Auch muß hier das Princip: locus regit actum zur Anwendung kommen.

Sowohl das Gutachten der Obducenten als jenes des Physikats Gerlachsheim und das Superarbitrium des hofgerichtlichen Medicinalreferenten erklärt die Verletzungen des Erschlagenen für absolut tödtlich.

Der objective Thatbestand der Tödtung ist sonach außer Zweifel gestellt.

Was nun die Förmlichkeiten der Untersuchung in Bezug auf den subjectiven Thatbestand betrifft, so wurden mehrere Kundschaftspersonen erst vor dem Polizeicommissär und nachmals vor dem Instructionsrichter, auf vorgängige Beeidigung, umständlich abgehört. Jeder Zeuge ist vorerst quoad generalia, dann zur Sache selbst ausführlich und ohne Rückbezug auf die Aussagen anderer Zeugen vernommen worden.

Sämmtliche Abhörprotokolle, in deren Eingang der Instructionsrichter nebst dem Actuar aufgeführt ist, sind von den Zeugen sowohl, als von den Gerichtspersonen unterzeichnet und ebenfalls paraphirt. Mehr ist hierlands in keinem Fall erforderlich, um ihre Glaubwürdigkeit zu verbürgen. Die Zeugenabhör muß so angesehen werden, als sei sie auf Requisition der diesseitigen Untersuchungsbehörde geschehen; denn wäre die preußische Behörde nicht schon ex officio vorgefahren, so würde eine solche Requisition erfolgt, und derselben auf die nämliche Weise entsprochen worden seyn. Mehr kann aber nicht verlangt werden. Die Voruntersuchung beruht in Rheinpreußen wie in Baden auf den nämlichen Principien. Der Anklageprozeß beginnt erst mit der Entscheidung der Anklagekammer, daß der Beschuldigte vor die Assissen zu stellen sei. Bis zu diesem Abschnitt hat der Inquisitionsprozeß Statt.

Die Generalinquisition ist von der competenten preußischen und die Specialinquisition von der competenten badischen Behörde gepflogen, auch das vorschriftmäßige Schlußverhör vor Urkundspersonen abgehalten, der Inquisit durch einen Officialanwalt vertheidigt und daher die Sache

Digitized by Google

spruchreif, insofern keine erheblichen Umstände zu verificiren übrig sind.

Was insbesondere die in dem Instructivvotum aufgeworfenen Zweifel anbelangt, so streitet für die Legalität der Handlungen eines preußischen Beamten die gleiche Vermuthung wie für die eines inländischen in concreto um so mehr, als die Untersuchung zugleich gegen einen preußischen Unterthanen geführt worden ist. Der Unterschied zwischen dem preußischen und badischen Untersuchungsrichter besteht nur darin, daß dort die Staatsbehörde und hier das Obergericht die Aufsicht führt. Die Voruntersuchung bildet jedenfalls die Basis des ganzen Prozesses. Auf sie ist das Erkenntniß der Anklagekammer gebaut, welches den mitbeschuldigten Meister außer gerichtlicher Verfolgung gesetzt hat.

Daraus geht zugleich hervor, daß dem preußischen Instructionsrichter dieselbe Criminalgerichtsbarkeit zusteht, wie dem badischen Untersuchungsrichter. Einer wie der Andere erhebt den Thatbestand, verhört und beeidigt die Zeugen, verhaftet und vernimmt den Angeschuldigten auf gültige Weise. Daß die Zeugen in Rheinpreußen nochmals öffentlich beeidigt und abgehört werden, hat zum Zweck, die Geschwornen in den Stand zu setzen, über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu urtheilen. Da aber dieses Verfahren hierlands nicht besteht, so fallen alle daraus entnommenen Argumente hinweg.

Aus diesen Gründen erklärte sich die Majorität für befugt, auf die vorliegende Untersuchung, welche keiner Vervollständigung bedurfte, das Urtheil zu bauen, durch welches Inquisit der muthwilligen Tödtung für schuldig erkannt ward. —

Nach dem §. 6 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden kann kein Inländer wegen einer strafbaren Handlung, sie sei im Inlande oder im Auslande verübt, einem auswärtigen Staate zur gerichtlichen Verfolgung oder Bestrafung ausgeliefert werden.

Wollte man nun dem Grundsatze huldigen, daß ein Inländer wegen eines im Auslande begangenen Verbrechens auf eine theilweise nach den dort geltenden Vorschriften gepflogene Untersuchung, sie mag ex officio oder im Requisitionswege eingeleitet worden sein, nicht zur Strafe gezogen werden könne, so wäre damit eine Pflanzschule für Verbrecher im Großherzogthum errichtet und die Sicherheit der Nachbarstaaten gefährdet, weil die auf ihrem Gebiet von badischen Unterthanen verübten Verbrechen so oft unbestraft bleiben müßten, als es den Thätern gelingen würde, in die Heimath zu entfliehen, da der §. 4 des Entwurfs, wornach der Inländer auch wegen der im Auslande verübten Handlungen unter den Strafgesetzen des Inlandes steht, sich unter obiger Voraussetzung nicht anwenden ließe. Selten würde es möglich sein, Untersuchungen gegen Inländer wegen im Auslande verübter Verbrechen, ohne den Beistand der auswärtigen Behörden, in spruchreifen Stand zu setzen, besonders wenn es sich um Acte handelt, welche, wie z. B. eine Leichinspection und Section, nur am Orte der That vernommen werden können Bayer.

IV.

Theilnahme bei Vertheilung von Allmend zu Eigenthum.

Der Gemeinde Unadingen, welche große Allmendgüter besaß, und einen Theil derselben unter die einzelnen Bürger nach §. 104 der Gemeindeordnung zu Eigenthum zu vertheilen beschloß, wurde hiezu die Staatsgenehmigung ertheilt. Bei dem Vollzuge der Theilung entstand erst Streit, ob der Lehrer Zimmermann in Röthenbach, welcher Bürgerrecht zu Unadingen besaß und dasselbe bereits angetreten hatte, ebenfalls einen Antheil zu erhalten habe, oder nicht.

Die Gemeinde Unadingen bestritt ihm diese Theilnahme aus dem doppelten Grunde,

1) weil er das 25. Jahr noch nicht zurückgelegt habe — nach §. 87 der Gemeindeordnung — sodann

2) weil er als in Röthenbach wohnend in Bezug auf Unadingen ortsabwesend sei — nach §. 50 des Bürgerrechtsgesetzes. —

Das Bezirksamt hat aber dem Lehrer Zimmermann dennoch einen Antheil zuerkannt, und der von der Gemeinde Unadingen hiegegen ergriffene Rekurs wurde sowohl von der Kreisregierung als auch in dritter Instanz von dem Ministerium d. J. verworfen.

Die Entscheidung des Ministeriums d. J. vom 12. April 1837 Nr. 3615 lautet:

„Da der §. 87 der Gemeindeordnung nur zum Eintritt in den Bürgergenuß das 25. Lebensjahr fordert, und da nach §. 50 des Bürgerrechtsgesetzes das Ruhen des Bürgerrechts bei Ortsabwesenden nur das Ruhen der Theilnahme am Bürgergenuß zur Folge hat, nach §. 106 der Gemeindeordnung aber bei Vertheilung von Allmend zu Eigenthum eine solche Beschränkung nicht eintritt, die Vertheilung vielmehr „„ohne Rücksicht auf den Genuß unter sämmtliche Gemeindebürger““ zu geschehen hat, so wird der Rekurs des Gemeinderaths und Bürgerausschusses von Unadingen gegen ꝛc. unter Verfällung der Rekurrenten in die Kosten verworfen.“

D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 40. | Karlsruhe den 7. October 1837.

I.

Mit welcher Verfügung ist dem Produkten die Beweisantretung mitzutheilen?

Gewöhnlich wird meines Wissens die Beweisantretung dem Produkten außer mit der den vorgeschlagenen Beweismitteln angemessenen Verfügung noch mit der weitern Auflage mitgetheilt, innerhalb der präfigirten Frist etwaige Beweiseinreden bei Vermeidung des Ausschlusses vorzutragen.

Dieses Präjudiz scheint mir in der Prozeßordnung nicht gegründet zu seyn, und zwar aus folgenden Motiven.

Dem §. 633 der Prozeßordnung zufolge kann der Richter nur solche Präjudize androhen, welche in den Gesetzen bestimmt sind; keine Gesetzesstelle aber verbindet mit dem unterlassenen Vortrag der Beweiseinreden innerhalb der hiefür festgesetzten Frist die Folge, daß der Produkt mit seinen Beweiseinreden ausgeschlossen werden soll.

Cf. §§. 407, 423, 424, 431, 432, 460, 462—464, 524, 525, 531, 539, 542, 555 und folgende, 580, 582 der Prozeßordnung.

Auch wäre die Abfassung eines derartigen Contumacialerkenntnisses mit Schwierigkeiten verknüpft; denn nach §. 671 der Prozeßordnung muß immer in einem solchen Urtheil zugleich ausgesprochen werden, was in der Sache selbst Rechtens ist, mit der einzigen Ausnahme des Falls, welchen §. 415 der Prozeßordnung erwähnt, und der hier nicht eintritt *).

In der Sache selbst kann aber keine Entscheidung erfolgen, da aus dem Ausschluß der Beweiseinreden nicht folgt, daß die Thatsachen, welche zum Beweis ausgesetzt wurden, auch als erwiesen zu erachten sind.

Durch die gesetzlich unzuläßige Verfügung, daß Produkt mit ewaigen Beweiseinreden auszuschließen, und zur Beweiserhebung selbst zu schreiten sei, wird in der Sache selbst nichts entschieden.

Gesetzt aber auch, es wäre eine solche Verfügung zuläßig, welches wäre ihre Wirkung?

Antwort, daß die mit den Beweiseinreden ausgeschlossene Partei, der Präclusion ungeachtet, alle möglichen Beweiseinreden noch vorbringen kann, mit Ausnahme derjenigen, welche gegen die Zuläßigkeit oder gegen die Glaubwürdigkeit der vorgeschlagenen Zeugen gerichtet sind, und welche auch durch Zeugen erwiesen werden sollen; (cf. §. 462 der Prozeßordnung) denn §. 632 **) der Prozeß-

*) Dieser Mißstand ist nun durch den Artikel 3, §. 670 des Gesetzes vom 3 August 1837 inzwischen beseitigt worden. D. R.

**) Sicherlich richtig! — Aus dem §. 632 folgt unzweifelhaft, daß in der Regel die Beweiseinreden nicht schon mit der Erklärung über die Beweisantretung vorgetragen werden müssen, sondern auch später in der Verhandlung der Beweisanfechtung oder Ausführung noch vorgebracht werden können.

Eine Ausnahme hiervon findet jedoch nicht blos in Bezug auf die durch Zeugen zu beweisenden Beweiseinreden gegen die Zuläßigkeit oder Glaubwürdigkeit vorgeschlagener Zeugen nach §. 462, sondern der Natur der Sache nach überdieß auch in Bezug auf alle diejenigen Beweiseinreden Statt, durch welche der Produkt

a) sich von der Erklärung über das angetretene Beweismittel befreien, oder

b) als unerheblich oder unzuläßig die Beweiserhebung selbst abwenden will.

Zu a) Das Erstere findet namentlich bei dem Urkundenbeweis und bei der Eideszuschiebung Statt.

Nach §. 423 und §. 424 werden dem Produkten die zur Beweisantretung gebrauchten Urkunden mitgetheilt, um sich darüber bei der anzuordnenden Tagfahrt vernehmen zu lassen, widrigenfalls die Urkunden für anerkannt angenommen werden.

Wenn nun der Produkt nicht sogleich bei dieser Tagfahrt oder noch vorher nach §. 431 durch Beweiseinreden sich von der Verbindlichkeit, sich über die Urkunden zu erklären, zu befreien sucht, sondern entweder die geforderte Erklärung nach §. 433 und ff. abgibt, oder gar nicht antwortet, so kann natürlicherweise später bei der Beweisanfechtung und Ausführung von Einreden, mittelst deren die Verbindlichkeit zur Erklärung über die Urkunden abgewälzt werden soll, keine Rede mehr seyn, denn in dem einen Falle ist ja die Erklärung

Digitized by Google

ordnung sagt mit dürren Worten, daß in den Verhandlungen über die Beweisanfechtung und Ausführung vom Produkten Beweiseinreden auch ohne vorhergegangenen Vorbehalt vorgebracht werden können!

Daß das Androhen des fraglichen Präjudizes ungesetzlich ist, wird sonach wohl keinem Zweifel unterliegen; aber nun entsteht die Frage, mit welcher Verfügung ist denn die Beweisantretung dem Produkten mitzutheilen, wie ist der Produkt zum Vortrag etwaiger Beweiseinreden aufzufordern? Das hängt freilich von den Beweismitteln ab, deren sich Producent bediente.

Ich durchgehe zur Beantwortung dieser Frage die einzelnen Beweismittel, deren die Prozeßordnung erwähnt.

1) Hat Beweisführer den Beweis durch Urkunden angetreten, so wird die Beweisantretung dem Produkten mitgetheilt, und in der nämlichen Verfügung eine Tagfahrt zur Produktion und Erklärung über dieselben anberaumt (cf. §. 423 der Prozeßordnung), wozu beide Theile vorgeladen werden, und zwar der Produkt mit der Auflage, in der Tagfahrt sich entweder über die producirten Urkunden zu erklären, oder etwaige Beweiseinreden, wodurch die Zuläßigkeit oder Erheblichkeit des angetretenen Urkundenbeweises bestritten wird, spätestens in derselben vorzutragen, und zugleich ihren Grund darzuthun, oder den Beweis darüber wenigstens anzutreten, widrigenfalls die producirten Urkunden als anerkannt angenommen würden *). Cf. §§. 424, 431, 432 der Prozeßordnung.

Mit welcher Verfügung Producent vorzuladen ist, kann keinem Zweifel unterliegen (cf. §§. 424, 428 der Prozeßordnung); trägt Produkt in der Tagfahrt Beweiseinreden vor, so wird darüber verhandelt und erkannt, oder die Beweiserhebung verfügt.

Uebrigens ist der Produkt auch nach der Erklärung über die Urkunden nach Maßgabe des §. 632 der Prozeßordnung befugt, Beweiseinreden, welche gegen die Eheblichkeit und Zuläßigkeit des angetretenen Urkundenbeweises gerichtet sind, vorzubringen. Der spätere, und was diesem gleich ist, der zwar zeitige, aber nicht mit Beweisantretung verbundene Vortrag von Beweiseinreden hat hier nur den Nachtheil, daß Produkt über die Urkunden sich erklären mußte, was er hätte hindern können.

2) Die Beweisantretung durch Zeugen wird dem Produkten mit der Auflage mitgetheilt, innerhalb der für den Gegenbeweis laufenden Frist etwaige Beweiseinreden gegen die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises, gegen die Person der Zeugen oder gegen die Beweisartikel vorzutragen, auch etwaige Fragstücke innerhalb der nämlichen Frist vorzulegen, widrigenfalls Tagfahrt zur Abhör der Zeugen anberaumt, und dem Produkten der Vortrag von Einwendungen gegen die Zuläßigkeit oder gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen,

---

wirklich abgegeben, sie kann also nicht mehr ungeschehen gemacht werden, und in dem andern Falle wird die Urkunde nach §. 424 (vermöge eines nach Artikel 5, §. 670 Abs. 1 des Gesetzes vom 3. August 1837 in der Form einer prozeßleitenden Verfügung zu erlassenden Versäumungserkenntnisses) für anerkannt angenommen, ohne daß es einer diesfallsigen weitern Erklärung noch bedürfte. Was von der Erklärung über Urkunden gesagt ist, gilt in dieser Beziehung auch von der Erklärung über eine Eideszuschiebung. §. 582 und §. 580, vergl. mit §. 605.

Zu b) Auch die Beweiserhebung kann bei dem Zeugenbeweis, bei der Expertise und bei dem Augenscheine durch Beweiseinreden natürlicherweise nur so lang abgewendet werden, als sie nicht wirklich schon geschehen ist.

Nach §. 463 und 524, verglichen mit §. 632 kann der Produkt seine Beweiseinreden gegen die Zuläßigkeit oder Glaubwürdigkeit der Zeugen entweder vor oder erst nach deren Abhör (mit Vorbehalt der im §. 462 enthaltenen besondern Beschränkung) vorbringen. Sind sie aber von der Art, daß er damit die Abhör der Zeugen selbst abzuwenden sucht, so muß er sie eben auch vor der wirklichen Abhör vorbringen.

Gleiches muß ebenso von den Einwendungen gegen die Abhör von Sachverständigen (§. 542) gelten, so wie es auch hinsichtlich der Beweiseinreden gegen die Vornahme eines Augenscheins im §. 556 ausdrücklich vorgeschrieben ist. D. R.

*) Welche Auflage dem Produkten bei Mittheilung der Urkunden, womit der Beweis angetreten wurde, zu machen sei, sagt der §. 423, und welcher Rechtsnachtheil ihm dabei anzudrohen sei, sagt der §. 424. —

Darnach geht die Auflage einfach dahin, daß sich der Beklagte über die Urkunden vernehmen zu lassen habe, und der anzudrohende Rechtsnachtheil besteht darin, daß die Urkunde sonst als anerkannt angenommen werde. Von dem Vortrag von Beweiseinreden oder von dem Ausschluß mit denselben, ist dabei keine Rede, dieselben bleiben dem Produkten nach §. 632 noch für die Beweisanfechtung vorbehalten, und wenn er sich dadurch nach §. 431 selbst von der Erklärung über die Urkunden befreien will, so liegt ihm eben in der Auflage der Erklärung auch schon die Auflage, daß er, wenn er sich nicht erklären will, auch die Gründe dieser Weigerung angebe, d. h. die diesfallsigen Beweiseinreden vortrage, indem ihm, sofern er die Erklärung ohne gesetzlichen Grund verweigert, nach §. 424 schon die Annahme angedroht ist, daß er die Urkunden anerkenne.

Die fraglichen Beweiseinreden sind hier aber kein unmittelbarer Gegenstand der Auflage oder des Präjudizes, sondern sie sind dem Produkten nur freigelassen als ein gesetzliches Mittel, sich von dem, was ihm auferlegt ist, frei zu machen, sowie sich der Beklagte nach §. 296 und §. 300 durch prozeßhindernde Einreden auch von der Antwort auf die Klage frei machen kann, ohne daß in der ihm geschehnen Auflage und Bedrohung (§. 253 und 353) ein diesfallsiger Vorbehalt enthalten ist. D. R.

Digitized by Google

in so fern solche durch Zeugen erwiesen werden sollen, nach der Abhör nicht mehr gestattet würde.

Cf. §§. 460, 462, 464 der Prozeßordnung.

Trägt der Produkt innerhalb der präfigirten Frist Beweiseinreden vor, so wird in Gemäßheit des §. 463 der Prozeßordnung hierüber mündlich verhandelt, die Entscheidung ertheilt, und hierauf nach Umständen Tagfahrt zur Vernehmung der Zeugen anberaumt (§. 464 der Prozeßordnung).

Hat der Produkt innerhalb der fraglichen Frist keine Beweiseinreden vorgeschützt, so wird auf Anrufen des Beweisführers Tagfahrt zur Abhör angeordnet.

Es versteht sich, daß der Produkt vor der Abhör alle möglichen Beweiseinreden noch vortragen kann *), nach der Abhör aber die durch Zeugen zu erweisenden nicht mehr, wohl aber alle andern. Cf. §§. 462, 632 der Prozeßordnung. Fragstücke kann der Produkt so lange vorlegen, als dem Zeugen seine Aussagen noch nicht vorgelesen wurden.

Arg. §. 491 der Prozeßordnung.

3) Wenn der Beweis durch Sachverständige angetreten wurde, so werden, falls die Parteien nicht schon über die Wahl übereingekommen sind, von Amtswegen Experten ernannt, cf. §§. 537, 538 der Prozeßordnung, und die Beweisantretung wird sammt der Benachrichtigung von der Ernennung dem Produkten mit der Auflage mitgetheilt, innerhalb der festgesetzten Frist etwaige Einwendungen gegen die Zulässigkeit oder Erheblichkeit dieses Beweismittels oder der vom Beweisführer bezeichneten Punkte und gegen die ernannten Sachverständigen vorzutragen, auch die Punkte zu bezeichnen, deren Berücksichtigung in dem Gutachten der Sachverständigen und bei den diesem etwa vorhergehenden vorbereitenden Handlungen er seinerseits verlangt, widrigenfalls diese Experten über die vom Beweisführer bezeichneten Punkte einvernommen würden.

Cf. arg. §. 460, 538, 539, 542 der Prozeßordnung.

Dem Beweisführer wird zu gleicher Zeit aufgegeben, innerhalb gleicher Frist etwaige Einwendungen gegen die ernannten Experten namhaft zu machen; das Präjudiz ist in diesem Betreff das nämliche, wie das, welches dem Produkten angedroht wird.

Cf. §. 542 der Prozeßordnung.

Werden Einwendungen vorgebracht, so wird auch hier mündlich verhandelt, hierüber entschieden, und sofort Tagfahrt zur Vornahme der Begutachtung anberaumt.

Cf. arg. §§. 463, 464, 543, 544, 56 und folgende der Prozeßordnung.

Beweiseinreden (die auch bei diesem Beweismittel denkbar sind, obgleich im Tit. XXIV. keine Rede davon ist) kann auch hier der Produkt noch in den Verhandlungen über Beweisanfechtung und Ausführung vorbringen, cf. arg. §§. 462, 632 der Prozeßordnung; nur in Betreff der Ablehnung der ernannten Experten ist zu bemerken, daß nach Maßgabe des §. 543, verglichen mit §. 69 der Prozeßordnung, die nach der Vornahme der Begutachtung geltend gemachte Ablehnung, in so fern solche wegen besorgter Befangenheit geschieht, ohne Wirkung seyn wird.

4) Wurde der Beweis durch den Vorschlag eines gerichtlichen Augenscheins angetreten, so wird diese Beweisantretung dem Gegentheil mitgetheilt, in dieser Verfügung selbst zugleich eine Tagfahrt zur Vornahme des Augenscheins angeordnet, und der Produkt hiezu vorgeladen, und zwar mit der Auflage, etwaige Beweiseinreden, wodurch er sich der Vornahme des Augenscheins widersetzt, wenigstens drei Tage vor der anberaumten Tagfahrt vorzutragen, und mit dem Präjudiz, daß im Nichterscheinungsfall der Augenschein dennoch vorgenommen würde.

Cf. §§. 555, 556, 560 der Prozeßordnung.

Zeigt sich bei der Tagfahrt, daß der Gegenstand, welcher in Augenschein genommen werden soll, zweifelhaft ist, wird eine neue Tagfahrt anberaumt, wozu die Parteien unter Androhung des Präjudices des §. 561 der Prozeßordnung vorgeladen werden.

Wenn der Produkt nach der bestimmten Frist von drei Tagen Beweiseinreden vorträgt, wodurch er sich der Vornahme des Augenscheins widersetzt, so darf der Richter sie nicht unberücksichtigt lassen, er muß vielmehr hierüber verhandeln und entscheiden; denn der Produkt darf nach §. 632 der Prozeßordnung noch in der Beweisanfechtung alle möglichen Beweiseinreden vorbringen, also auch vorher.

Der Vortrag solcher Beweiseinreden nach den fraglichen drei Tagen hat nur die Folge, daß der Produkt die Kosten, falls welche entstanden sind, tragen muß.

Cf. arg. §§. 240, 168 der Prozeßordnung.

Werden erst nach eingenommenem Augenschein Beweiseinreden vorgetragen, so hat dies weiter für den Produkten keinen Nachtheil, als daß ein Beweismittel, dessen Erhebung er hätte hindern können, erhoben wurde. Es ist dies das nämliche Verhältniß, als wenn der Beklagte zerstörliche Einreden, welche eine prozeßhindernde Wirkung haben, unterließ als prozeßhindernd vorzuschützen, und deshalb litem zu contestiren sich genöthigt sah.

---

*) Nach Uebergabe der im §. 460 erwähnten Erklärung über die Beweisantretung und nach Ablauf der zu dieser Erklärung anberaumten Frist kann jedoch ein solcher Nachtrag der vor der Zeugenabhör vorzubringenden Beweiseinreden nur noch unter den im Artikel 5, §. 672a. des Gesetzes vom 3. August 1837 bestimmten Voraussetzungen geschehen. D. R.

Digitized by Google

5) Die Beweisantretung durch Eideszuschiebung wird dem Gegentheil mit der Auflage mitgetheilt, innerhalb der angeordneten Frist entweder über die Annahme des Eides sich zu erklären, oder etwaige Beweiseinreden vorzutragen, widrigenfalls der Eid als verweigert angesehen würde.

Wurden Beweiseinreden vorgetragen, so wird über diese wieder mündlich verhandelt und erkannt, und nach Umständen eine neue Frist zur Erklärung angeordnet.

Cf. §§. 580, 582 der Prozeßordnung.

Hat der Delat sich über die Annahme erklärt, so bleibt ihm immer noch, dem §. 632 der Prozeßordnung gemäß, unbenommen, durch Beweiseinreden die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Eideszuschiebung oder die Fehlerhaftigkeit der Eidesformel anzufechten.

Der Delat kann z. B., wenn er auch den Eid angenommen hat, in der Beweisanfechtung dem Richter noch zeigen, daß die Thatsachen, welche er mit gutem Gewissen beschwören kann, keine entscheidende, diese Eideszuschiebung also eine unzulässige ist, cf. §§. 565, 566 der Prozeßordnung, und daß der Richter die Eideszuschiebung nach Maßgabe des §. 579 der Prozeßordnung, ohne die Beweisantretung mitzutheilen, hätte verwerfen sollen.

6) Bei der Beweisantretung durch Vermuthungen kommt es darauf an, mit welchen Beweismitteln der Beweispflichtige die einzelnen Thatsachen, aus welchen er Schlüsse zieht, zu beweisen sucht. Bei den einzelnen Beweismitteln finden die oben angeführten Grundsätze wieder ihre Anwendung; nur ist dem Produkten, nach Analogie des Verfahrens bei den übrigen Beweismitteln, auch aufzugeben, Beweiseinreden gegen die Zulässigkeit und Erheblichkeit dieses Beweismittels innerhalb der präfigirten Frist vorzutragen, widrigenfalls der angetretene Beweis erhoben würde.

Cf. §§. 626 arg. 460 und folgende der Prozeßordnung.

Es steht natürlich auch hier dem Produkten frei, in der Beweisanfechtung erst seine Beweiseinreden vorzutragen.

Cf. §. 632 der Prozeßordnung.

Die Aufgabe, welche ich mir beim Niederschreiben dieses Aufsatzes machte, ging dahin, so kurz wie möglich anzudeuten, warum meines Erachtens die Androhung des Ausschlusses mit den Beweiseinreden gesetzlich ungegründet ist, und was ich glaube, daß den vorliegenden gesetzlichen Bestimmungen gemäß in den Verfügungen auf die Beweisantretungen, namentlich in Betreff der Beweiseinreden, zu sagen ist, wie und wann diese vorzubringen sind, und vorgebracht werden können.

Ob und in wie fern ich mein Thema einigermaßen löste, dies stelle ich lediglich dem Urtheil der Sachkenner anheim.

Ich brauche wohl nicht zu erwähnen, wie schwer es namentlich für einen Rekruten im Rechte ist, eine so tief in die Lehre vom Beweisverfahren eingreifende Frage in einem solchen kleinen Aufsatz gehörig zu beantworten.

v. Uria.

II.

In wie weit kann bei einem Vergleich auf den Grund des strittigen Rechtsverhältnisses, welches durch den Vergleich beigelegt werden soll, als einer unrichtigen Vertragsursache zurückgegriffen werden.

Einer auf Erfüllung eines Vergleichs angestellten Klage wurde entgegengehalten, daß die Vergleichsurkunde nicht vollständig das verglichene Rechtsverhältniß anführe, daß aber dasselbe kein Recht des jetzigen Klägers begründet habe, sonach der Vergleich selbst auf einer unrichtigen Vertragsursache beruhe.

Diese Einwendungen wurden verworfen, indem man erwog.

Die vollständige Darstellung des Rechtsverhältnisses, welches verglichen worden ist, und dessen Aufnahme in die Vergleichsurkunde ist nicht nothwendig, es genügt, wenn nur aus dem Vergleich zu entnehmen ist, welches strittige Rechtsverhältniß sein Gegenstand ist. Auf die Rechtmäßigkeit des Anspruchs, welcher verglichen wird, kann es aber nur in so weit hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit des Vergleichs ankommen, als nicht nach L. R. S. 2054 ein in sich nichtiger Rechtstitel dadurch zum Vollzug kommen soll, und die Parteien sich nicht gerade über diesen nichtigen Rechtstitel ausdrücklich vergleichen wollten. Der Vergleich hat den Zweck, ungewisse Rechtstitel der Parteien zu einem gewissen und rechtlichen Titel des Vergleichs und des daraus entspringenden Rechts zu erheben, und wollte man nun gegen den Vergleich die Einrede zulassen, daß das verglichene Rechtsverhältniß dem aus dem Vergleich ein Recht Ansprechenden kein Recht vor dem Richter ertheilt hätte, so würde man dadurch auf die leichteste Weise jeden Vergleich umstoßen können, weil ja gerade die Ungewißheit der Rechtlichkeit des im Vergleich beigelegten Rechtsanspruchs der Grund und die Ursache des Vergleichs ist, also bei jedem Vergleich allerdings ein Anspruch zu einem Recht erhoben werden kann, welcher in seiner Durchführung vor dem Richter vielleicht als rechtlich nicht bestehend verworfen worden wäre. Nicht die Rechtmäßigkeit des verglichenen Anspruchs, sondern die Ungewißheit dieser Rechtmäßigkeit ist die Vertragsursache des Vergleichs, weßhalb zur Rechtsbeständigkeit des Vergleichs nichts auf die Rechtlichkeit des Anspruchs selbst ankömmt, vorbehaltlich jedoch des im L. R. S. 2054 erwähnten besondern Falles.

Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 14. October 1837.

I.

Erwiderung des Aufsatzes: über die Zurechnungsfähigkeit des N. B., in Nr. 36 der Annalen.

Bei dem Lesen dieses Aufsatzes ist mir vor Allem der unverkennbare Ton der Gereiztheit des Herrn Verfassers und seine sonderbare persönliche Richtung gegen mich aufgefallen. Ich würde deshalb auch den ganzen Aufsatz mit Stillschweigen übergehen, wenn nicht die schwere Bedeutung des Falls selbst und das große Gewicht der damit verbundenen Fragen eine Antwort verlangen würden, der ich jedoch die Berichtigung voranschicke, daß es unwahr ist, zu sagen, ich seie der Einzige gewesen, der wegen einer vorbedachten Tödtung auf Todesstrafe gestimmt habe. Ich habe keine vorbedachte Tödtung, keinen Mord, sondern einen vorsätzlichen, aber im Affekt vollführten Todtschlag angenommen und mit dem Referenten auf Todesstrafe, zugleich aber, und allein, auf Begnadigung angetragen. Uebrigens ist unterdessen der vom Inquisiten ergriffene, hauptsächlich auf seine Unzurechnungsfähigkeit gebaute Rekurs zu Recht verworfen worden.

Die Trunkenheit und die fixe Idee sollen den unfreien Zustand des Inquisiten bei Begehung seiner Unthat begründen.

Ob aber ein Verbrecher betrunken war, das ist eine äußerliche Erscheinung, deren Wahrheit nach den vorgebrachten Beweisgründen der Richter und nicht der Gerichtsarzt zu beurtheilen hat. Von zwanzig Zeugen vor und nach der That sprechen nun nur drei von einer Trunkenheit, welche jedoch dem vollen Gebrauch der Vernunft keinen Eintrag gethan habe. Ueberdies sagt der hauptsächlich für die Trunkenheit angeführte Bruder des Inquisiten, „ich bemerkte, daß N. aufgeregt war, denn seine Augen standen stark heraus; ein gewöhnliches Zeichen wenn N. betrunken oder sonst aufgeregt war," und wenn nun auf diese hervorstehenden Augen so viel Gewicht gelegt werden will, so durfte der Richter nicht übersehen, daß sie auch ein Zeichen sonstiger Aufgeregtheit des Inquisiten waren, und daß diese sonstige Aufgeregtheit des Inquisiten allerdings in dem gesteigerten Haß und Zorn gegen seine Schwägerin vorlag. Auch die genossenen Getränke, drei Schoppen Wein, ein Schoppen Bier, und nicht ¾ Schoppen Brandwein, sondern drei Kelchgläschen Brandwein für 6 kr., lassen auf keine Trunkenheit schließen, und da Inquisit alles dieses in großen Zwischenräumen den ganzen Tag hindurch bis Abends sieben Uhr getrunken, dabei vier Stunden geschlafen hat, über Feld gegangen ist, und jedenfalls noch nicht so abgetrunken ist, daß er von Wenigem betrunken wird, so konnte ich um so mehr die Trunkenheit als eine unerwiesene Thatsache annehmen, als auch die Referenten bei dem Hofgericht und Oberhofgericht darin übereinstimmten, daß die Annahme einer Trunkenheit des Inquisiten eine unrichtige Unterstellung seie.

Herr Wich glaubt zwar, daß ich über den von ihm gefundenen Rausch des niedersten Grades nicht urtheilen könne, weil ich nur einen Grad der Trunkenheit, und zwar den höchsten kenne. Ich will nun dem Herrn Wich eine größere Erfahrung in den verschiedenen Graden der Trunkenheit nicht bestreiten. So lange aber wir Rechtsbeflissenen nicht auch in der Wein- und Schnapsbeflissenheit examinirt werden, wird es kein Vorwurf gegen richterliche Fähigkeit seyn, wenn man sagt, der Richter kennt nur einen Grad von Trunkenheit, da bin ich ein anderer Mann, ich kenne sie alle.

Uebrigens ist die Eintheilung der Trunkenheit in verschiedene Grade von Heinroth entlehnt, und wenn man dort liest, daß der im niedersten Grad der Trunkenheit befindliche Mensch Dinge erzählt, welche er sonst verschwiegen haben würde, und offen wird, wo er sonst zurückhaltend ist, so sollte man kaum glauben, daß der unter einem falschen Vorgeben sein Messer schleifen lassende Inquisit sich in dem niedersten Grad der Trunkenheit befunden hat. Auch stimmt das Betragen des Inquisiten bei den frühern, auf eine erwiesene Trunkenheit zurückgeführten fünf Vorfällen, wo er vom eigenen Todtschießen

Digitized by Google

spricht, singt und schreit, gewiß nicht mit seinem Benehmen bei der That überein, wo er keinen Menschen von seinem todbringenden Vorhaben etwas merken läßt.

Und wenn man Stellen liest in dem ärztlichen Gutachten wie folgende:

„Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier die fixe Idee und der Rausch die beiden ursächlichen Momente der unfreien That sind. Ohne den Rausch wäre die fixe Idee nie zur unfreien That geworden, und ohne die fixe Idee wäre die That am nächsten besten Individuum, nicht aber mit einem gewissen Grad von Ueberlegung und Beharrlichkeit gerade an der Daige vollführt worden,"

so sollte man nicht glauben, daß man es da mit einem Rausch des niedersten Grades zu thun hatte, wo man sagt, der Inquisit hätte ohne die fixe Idee gegen die Daige in seinem Rausch den ersten ihm begegnenden Menschen niedergestoßen. Man sollte eher meinen, der Inquisit hätte Opium gegessen, und wäre mit dem Kris in der Hand Amoc gelaufen. Merkwürdig ist hier auch die Wirkung der fixen Idee des Inquisiten, welche den Rausch und seine That gegen die Daige richtet, und bewirkt, daß die That mit Ueberlegung und Beharrlichkeit geschieht. Irre ich mich, oder habe ich nicht vielmehr guten Grund, zu behaupten, daß auf die fixe Idee, welche zu ihrer That noch der Beihülfe eines Rauschs, und auf den Rausch, welcher zu seiner That noch des Beisatzes einer fixen Idee bedarf, gleich wenig zu halten ist.

Eben so wenig ist aber auch die fixe Idee des Inquisiten, daß ihm kein Glück mehr blühe, seitdem die Daige in das untere Haus gezogen ist, bewiesen.

Nachdem nirgends sonst woher diese fixe Idee dargethan werden kann, so soll ihr Beweis aus Aeußerungen des Inquisiten vor und nach der That geliefert werden.

Die Aeußerungen des Inquisiten nach der That sind nun in der über ihn verhängten Untersuchung enthalten. Sie sind richtig. Aber richtig ist es auch, daß nicht alle auf die Entschuldigung einer That gerichteten Antworten eines Inquisiten ihrem Inhalte nach als Wahrheiten und unwiderlegbare Beweise aufzunehmen sind, und hätte man anderseits die eigene Wahrnehmung S. 212 bedacht,

„daß das Bestreben des Inquisiten offenbar dahin ging, die That als im Anfall einer Manie geschehen darzustellen,"

so hätte man wohl etwas zweifelhaft in dem großen Gewichte werden dürfen, welches man der Aeußerung zum Beweis der fixen Idee beilegt. Wenn das Bestreben des Inquisiten in der Untersuchung dahin ging, sich als geisteskrank darzustellen, so wird er wahrscheinlich Aeußerungen in der Untersuchung gethan haben, aus welchen er eine Geisteskrankheit entnommen haben will, und eine starke Zumuthung für einen verständigen Richter ist es alsdann, wenn er den auf eine Geisteskrankheit hinzielenden Aeußerungen des Inquisiten unbedingten Glauben schenken soll. Ein ganz absonderlicher Verwirrter scheint auch der zu seyn, der Jemanden getödtet hat, und sich nun in der Untersuchung offenbar bestrebt, seine That mit einer Geisteskrankheit zu entschuldigen. Der Inquisit soll freilich einer von den Verwirrten seyn, welche nur eine fixe Idee haben, und sonst außerhalb dieser fixen Idee ganz geistesgesund sind. Aber selbst in dieser fixen Idee scheint er geistesgesund zu seyn, weil er sie auf eine sehr feine Weise, und nur so nebenbei zum Beweise seiner Geistesverwirrung vorbrachte.

Was übrigens die anderseits gemachten Beobachtungen betrifft, wornach viele mit fixen Ideen Behaftete sogar wichtigen Staatsämtern vorstehen, so will ich hoffen, daß diese Beobachtungen sich nicht bei uns ergaben. Ich wenigstens habe noch keine solche Beobachtungen gemacht, dagegen ist mir die Beobachtung bestätigt worden, daß es Leute giebt, welche mit wenig Wissen und geringer Fähigkeit doch eine so hohe Meinung von ihren Leistungen hegen, daß sie glauben, Jener, der sie beurtheilen will, müsse nicht nur ein wahrer Ausbund von Wissen und Talent seyn, sondern seie wirklich ein Narr, daß er glaube, etwas von ihnen beurtheilen zu können. Einer von beiden hat allerdings einen Sparren.

Ist somit auf die Aeußerung des Inquisiten während der Untersuchung um so weniger Gewicht zu legen, als er selbst dabei anerkannt hat, daß er die Daige dessen nicht beschuldigen könne, daß ihm nichts nach Wunsch gehe, so bleibt zum Beweis der fixen Idee nichts übrig, als die von mir S. 98 angeführten drei Aeußerungen des Inquisiten vor der That.

Aus den beiden letzten Aeußerungen ist aber gewiß nicht auf eine fixe Idee, wohl aber auf einen großen Haß und tiefen Groll gegen die Daige zu schließen, und da Inquisit der letzten Aeußerung noch beifügte:

„seitdem die Daige da wohnt, darf ich nicht mehr durchs Ort hinunter; sie schaut mir immer nach, als wenn ich in das Wirthshaus ginge,"

so giebt sie uns auch noch die Ursache dieses Hasses zu erkennen, wie weiter unten entwickelt werden wird.

Alles beschränkt sich daher auf die erste Aeußerung des Inquisiten, daß ihm kein Glück mehr blühe, seitdem das Haus seines Bruders da stehe; und nun frage ich jeden Unbefangenen, ob diese einzige Aeußerung zum Beweis einer fixen Idee genügt, welche von Niemanden noch bemerkt wurde, und welche gerade bei den von dem Inquisi-

Digitized by Google

ten zum Beweise seiner Verwirrung noch weiters angeführten fünf Vorfällen, die übrigens alle durch erwiesene Trunkenheit erklärt wurden, auf gar keine Weise zu Tage ging. Bei sonst geistesgesunden Menschen muß man gewiß nicht so leichthin eine fixe Idee annehmen, und doppelt vorsichtig muß man bei dem Inquisiten seyn, dessen Bestreben dahin ging, seine That auf Rechnung einer Geistesverwirrung zu setzen. Man sollte doch glauben, daß diese fixe Idee sonst wo zu Tage gegangen seie. Man sollte doch meinen, daß sie in ihrer Entstehung, Ursache, und ihrem Wachsthum nachgewiesen werden kann. Aber von all dem ist nichts ersichtlich. Einem Zeugen sagte Inquisit, er habe kein Glück mehr, seitdem sein Bruder im untern Dorf wohne, und deswegen ist seine fixe Idee als ursächliches Moment der Tödtung seiner Schwägerin erwiesen.

Dagegen ist für den, der sehen will, auch ohne Brille dargethan, daß der Tödtung der Daige keine fixe Idee, wohl aber ein tödtlicher, in seinen Ursachen nachweisbarer Haß zu Grunde lag.

Der Haß und Groll gegen die Daige wird anderseits selbst zugegeben, aber als Folge der fixen Idee erklärt. Man hat jedoch wohl selbst eingesehen, daß man mit der kurzweg abgeschnittenen Erklärung des Hasses aus der fixen Idee nicht weit kommt, und will ihn nun als Folge einer Geistesverwirrung damit bescheinigen, daß man es unerklärlich findet, wie der Inquisit auf eine vernünftige Weise zu einem so tödtlichen Haß gegen die Daige habe kommen können, welche allgemein als eine gutmüthige Frau geschildert werde, und ihn sogar unterstützt habe.

Man kann dieses zwar als sehr auffallend finden, allein es ist denn doch nicht so ganz undenkbar, daß Jemand einen tödtlichen Haß gegen einen Andern schöpft, der ihm dazu auch nicht den mindesten Grund gegeben hat. Wie viele Feinde bekömmt man, ohne ihnen einen Grund gegeben zu haben! Ueberdies gibt man anderseits selbst einen ganz richtigen psychologischen Grund eines ohne triftige Veranlassung entstehenden Hasses damit an, wo man S. 211 sagt: die Trunksüchtigen hätten die Neigung, ihr Unglück und Elend nicht in sich, sondern in andern Ursachen zu finden, und wäre man nur einen Schritt weiter gegangen, so hätte man im Leben die allbekannte Erfahrung gefunden, daß die in ihrem Vermögen zurückkommenden Trinker sehr häufig einen unbesiegbaren Haß gegen Verwandte und Bekannte empfinden, welche im gleichen Grad, wie des Trinkers Vermögen sinkt, das ihre durch Fleiß und Nüchternheit vermehren. Der Grund dieses Hasses liegt aber alsdann nicht in einer fixen Idee des Trinkers, sondern im Neid gegen den Reichen, und da ihm sein Gewissen fortwährend sagt, daß seine Trunksucht ein Laster ist, so hält er sich von dem Andern verachtet, und haßt ihn deshalb tödtlich.

Schon aus diesen allgemeinen, ganz nahe liegenden psychologischen Gründen, ist daher die Annahme eines Hasses gegen die Daige ohne eine fixe Idee in keiner Weise unerklärlich. Die Ursache des Hasses ist aber auch ganz klar, wenigstens für den nachgewiesen, der sich nicht absichtlich Augen und Ohren verschließt.

Wenn es sich bei einem Verbrechen um die Entdeckung seiner Motive handelt, so sind die auf ein unrechtes Motiv gerichteten Aeußerungen des Verbrechers von entscheidendem Gewicht, weil sie, nicht zur Entschuldigung des Verbrechens dienend, Geständnisse der unrechten Verübung der That sind, welche dann als vollbeweisend angenommen werden müssen, wenn sie mit den übrigen Erscheinungen und Vorkommenheiten der That zusammentreffen.

Daß nun die That im Haß und Zorn gegen die Daige verübt wurde, ist eine zugegebene Thatsache, und daß aus den S. 98 angeführten Aeußerungen des Inquisiten vor der That schon ein bis zu Todesdrohungen gestiegener Haß zu entnehmen ist, wird nicht bestritten werden können. Fragen wir aber nach den Gründen des Hasses, so enthalten wir aus den Akten einen vollkommenen, jedoch auf keine fixe Idee führenden Aufschluß.

Im Jahre 1830 gerieth der Inquisit in Gant, und ward seitdem von seinen Brüdern Jakob (dem Ehemann der Daige) und Bärle unterstützt, und darüber gibt Inquisit an:

„Wenn ihr (der Daige) Mann es gesagt hat, hat sie mir auch Geld gegeben, sonst aber nicht. Wenn ich nur einen Gulden brauchte, gab sie mir ihn nicht. Umsonst bedienen durfte man sie, wenn ich aber etwas wollte, bekam ich es nicht."

Ferner:

„Sie hat gern alles zu Geld gemacht. Ich bin nicht gerne in das Haus gegangen. Wo man ein freundliches Gesicht bekommt, gehe ich lieber hin, als wo man ein unfreundliches Gesicht bekommt. Bei Bärle war ich wie zu Haus, im andern Hause aber sind stolze Leute, besonders seit sie vom obern Dorf in das untere Haus gezogen sind."

Ferner, und sehr beachtenswerth:

„Eine Bemerkung hat mir die Daige nicht gemacht, aber sie hat es andern Leuten gesagt, durch die ich es, wie sie wußte, wieder erfuhr, und vermuthlich hat sie es deswegen gesagt. Wenn ich das Dorf hinuntergegangen bin, hat sie gesagt, jetzt wird wieder mein Geld versoffen."

Digitized by Google

Hiernach hält der Inquisit die Daige für die Ursache, daß er von dem reicher gewordenen Bruder nicht mehr so wie früher unterstützt wird. Namentlich seit sie in dem untern Herrenhaus wohnen, wo sie stolzer werden. Er findet sich von der Daige ihrem unfreundlichen Benehmen beleidigt, und sein Haß muß allerdings auf das Höchste steigen, wo er erfährt, daß sie sagt, er versaufe ihr Geld, und daß sie es so fremden Leuten sagt, daß er es wieder erfahren soll. Vergleichen wir aber damit die vom Inquisiten vor der That dritten Zeugen gemachten Aeußerungen, wo er sagt, die Daige könne ihn nicht leiden, er sie aber auch nicht, und insbesondere die zusammentreffende Aeußerung vor dem dritten Zeugen: seitdem die Daige da wohnt, so darf ich nicht mehr das Dorf hinunter, sie schaut mir immer nach als wenn ich in das Wirthshaus ginge: so sehen wir doch gewiß den Haß und seine Ursachen deutlich vor uns, denn er liegt in der Verhinderung seiner Unterstützung, und in seiner Beleidigung durch die stolze Daige. Gerade aber die Aeußerung des Inquisiten, daß ihm kein Glück blühe, seitdem die Daige im untern Haus wohnt, löst sich dadurch in eine abermalige Bestätigung seines Hasses und seiner Ursache auf; denn da ihn die Daige von diesem untern Haus in seinem Wirthshausgehen beobachtet, wo er ihr Geld versäuft, so liegt es klar am Tag, daß seitdem der Haß des Inquisiten jeden Tag steigen mußte, wo er bei jedem Vorbeigehen an dem Haus dachte, jetzt schaut mir die Daige wieder nach und sagt, mein Geld wird wieder versoffen. Allerdings war alsdann der Umzug seines Bruders in das untere Haus ein Wendungs, ein Steigerungspunkt seines Hasses, und jeden Tag mehrmals an dem Herrenhaus der Daige vorbeigehend, wo sie, reicher und stolzer werdend, ihn verhöhnt, läßt es wohl erklären, daß er, immer an sein Unglück und an seine Beleidigung erinnert, des Hasses und Grolls gar nicht mehr los werden, und so wohl sagen konnte, seitdem blüht mir kein Glück mehr. Die Entstehung und das Wachsthum des Hasses gegen die Daige ist daher ganz deutlich nachgewiesen und sonach von ferne her kein Grund vorhanden, den Haß durch eine fixe Idee zu erklären.

Bei diesem klaren Verhalt der Sache konnte ich gewiß die fixe Idee für eine selbstgeschaffene Unterstellung erklären, und hier konnte ich in dem Umstand, wo der Inquisit eine von der Daige herrührende Aufzeichnung seiner nicht bestehenden Schuld erblickt, sehr wohl nicht, wie man S. 213 glauben machen will, die Entstehung des Hasses, sondern die Steigerung desselben zu seiner äußersten Höhe, bis zur Tödtung der Daige, deshalb erblicken, weil der Inquisit daraus die Meinung schöpfen konnte, daß die Daige nicht mehr allein seine Unterstützung verhindert, sondern ihn durch Andichtung nicht bestehender Schulden noch mehr beschädigt. Ich sehe alles dieses noch klar und deutlich, und wenn man sich anderseits immer noch nicht aus dem Dunkel und der Finsterniß heraushelfen kann, sondern den einzigen Licht bringenden Weg nur in der fixen Idee, in dem verborgenen Wahnsinn des Inquisiten findet, so kann ich nur sagen — tant pis pour vous!

Und selbst aus der Annahme der fixen Idee, mitsammt dem Rausch des niedersten Grades, folgt doch noch nicht die Unzurechnungsfähigkeit des Inquisiten.

Die mit einer fixen Idee Behafteten sind nur in Beziehung auf diese fixe Idee verwirrt, und im übrigen so geistesgesund, daß sie sogar wichtigen Staatsämtern vorstehen können. Eben deshalb sind sie auch bei ihren Verbrechen nicht wie die im allgemeinen Wahnsinn Befangenen für schlechthin zurechnungslos zu halten, sondern dazu hat man hauptsächlich nachzuweisen, daß das verübte Verbrechen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der fixen Idee stand, solche auch den Verbrecher über das Erlaubtseyn seiner Handlung täuschen konnte, und daß die fixe Idee die Kraft erreicht hatte, wo die andern gesunden Seelenkräfte ihrer nicht mehr Meister werden konnten.

Wäre nun dem Inquisiten am Tage der Tödtung der Daige überhaupt ein Unglück zugestoßen, hätte er insbesondere einen glücklichen Handel vorgehabt, der sich durch die Daige zerschlagen, und hätte der Inquisit alsdann die Daige getödtet, so könnte man annehmen, daß die Tödtung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der fixen Idee stand, daß ihm kein Glück mehr blühe, seitdem die Daige im untern Haus wohnt. Davon ist aber nichts ersichtlich, sondern der Inquisit hat nach der anderseitigen Erklärung die Daige im Zorn getödtet, weil sie ihm den Rücken zugekehrt hat, wovon übrigens kein Zeuge etwas gesehen hat. Alsdann war die Tödtung eine Rache für vermeintliche Beleidigung, alsdann geht die That über den Inhalt der fixen Idee hinaus, und wenn man die fixe Idee nicht dahin ausdehnen und strecken will, daß Inquisit überhaupt in Beziehung auf seine Handlungen und Vorstellungen, gegenüber seiner Schwägerin, als ein Geistesverwirrter zu betrachten seie, so muß man zugeben, daß die Tödtung der Daige in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der fixen Idee stand.

Jedenfalls ist weither nichts abzusehen, was den Inquisiten in dem Erlaubtseyn der Tödtung täuschen konnte. Seine Aeußerung nach der That, hier ist mein Kopf, mein verdienter Lohn wird mir werden, beweist deutlich sein Bewußtseyn von dem Unrecht seiner That, und sein Verheimlichen seines Vorhabens, sein Schleifenlassen des Messers unter einem falschen Vorwand, läßt keinen

Digitized by Google

Zweifel übrig, daß er das Unerlaubte seiner Gräuelthat wohl einsah. Ueberhaupt war die fixe Idee gar nicht geeignet, den Inquisiten über das Erlaubtseyn seines Vorhabens zu täuschen. Wenn Einer glaubt, sein Kind verfalle dem Teufel, und er seie von Gott berufen, es durch seine Ermordung zu retten, so täuscht diese fixe Idee den unglücklichen Vater, der die Stimme Gottes zu befolgen glaubt, in dem Erlaubtseyn der Tödtung. Wer aber von Jemanden glaubt, er stehe seinem Glück im Weg, und ihn aus dem Wege räumt, wer seinen vermeindlichen Feind ermordet, von dem kann man nicht sagen, seine fixe Idee habe ihn so getäuscht, daß er sich für berechtigt angesehen habe, seinen Feind zu ermorden. Wer Freund und Feind noch unterscheiden kann, wird auch Recht und Unrecht noch unterscheiden können. Solche fixe Ideen entspringen überhaupt nicht aus gleichgültigen Vorstellungen, wo z. B. Einer glaubt Füße von Glas zu haben, oder aus in sich erlaubten Meinungen, wo Einer nach dem vermeintlichen Willen Gottes zu handeln glaubt, sondern sie entspringen aus eigennützigen Motiven des Neids, aus unmoralischen Leidenschaften des Hasses und Grolls, und wollte man alle dergleichen bis zur Tödtung eines Menschen gestiegenen Leidenschaften dann als fixe Ideen erklären, wo diese Leidenschaften auf unrichtigen Ursachen und irrigen Vorstellungen beruhen, so wäre man mit der Strafgerechtigkeitspflege bald zu Ende. Wo übrigens die fixe Idee im Haß gegen einen Menschen besteht, den man ermordet, da macht Mittermaier im Kriminalarchiv 1835 S. 108 mit Recht aufmerksam, daß dergleichen partielle Geistesstörungen überhaupt sehr unwahrscheinlich sind.

Die nicht mehr zu überwindende Stärke der fixen Idee nimmt man aber anderseits selbst nicht an, denn man spricht sich, unter Beizug der Trunkenheit, zur Motivirung der That, nach dem obigen Auszug aus dem Gutachten, dahin aus, daß die fixe Idee für sich allein die That nicht zur unfreien gemacht habe. Handelte also der Inquisit aus seiner fixen Idee nicht unfrei, so folgt daraus, daß er die That bezüglich seiner Seelenkräfte in voller Willensfreiheit verübte. Nach dem Zugeben des Herrn Wich, S. 211, hebt aber der hier angenommene niederste Grad des Rausches das Selbstbewußtseyn und die Willensfreiheit ebenfalls nicht auf, und wenn also beides, die fixe Idee und die Trunkenheit, einen unfreien Zustand für sich nicht herbei führten, so bleibt es mir ein nicht zu lösendes Räthsel, wie der Inquisit eben doch persönlich unfrei gehandelt hat, und deshalb als zurechnungslos erklärt wurde.

Nachdem man übrigens durch den Hinzutritt der Trunkenheit die ausgesprochene Zurechnungslosigkeit begründet hat, so wird wieder gerade aus der Trunkenheit die ebenfalls ausgesprochene Zurechnungsfähigkeit entnommen, womit man anderseits nur beweist, daß man sich hier in höchst unklaren Vorstellungen bewegt, daß man unrichtige Begriffe besitzt, und jedenfalls ein inkompetentes Definitivurtheil gegeben hat.

Halten wir daran fest, daß die fixe Idee und die Trunkenheit für sich den unfreien zurechnungslosen Zustand nicht begründeten, sondern daß er in der Vereinigung beider gefunden wurde, so frägt es sich, woher und wie er begründet werden will. Meines Erachtens kann nun die Zurechnungslosigkeit nur auf dreierlei Art gefunden werden, entweder nimmt man aus der Verbindung der Trunkenheit mit der fixen Idee einen eigenen besondern Seelen- und Willenszustand des Inquisiten an, einen furor transitorius, eine excandescentia furibunda, oder man nimmt an, daß durch die Trunkenheit die fixe Idee auf eine nicht mehr zu bemeisternde Stärke gesteigert, oder daß die Trunkenheit durch ihre Verbindung mit der fixen Idee eine solche geworden seie, daß sie doch das Bewußtseyn und die Willensfreiheit aufgehoben habe.

Von allem dem wird aber hier nichts gesagt. Von einem besondern Seelenzustand, von einem Wahnsinn ist nichts ersichtlich; wie die im nüchternen Zustand bestehende fixe Idee durch den Einfluß der Trunkenheit eine stärkere wird, darüber wird nichts mitgetheilt; und daß die Trunkenheit in ihrer Verbindung mit der fixen Idee eine eigenthümliche, trotz ihres niedersten Grades doch die Willensfreiheit aufhebende Wirkung besitze, wird nicht behauptet, so daß man die Begründung der Zurechnungslosigkeit des Inquisiten aus der Verbindung der fixen Idee mit der Trunkenheit eine unklare Vorstellung nennen muß. Der Zustand des Inquisiten von seinem ersten Eintritt in das Haus der Daige, von wo an seine fixe Idee mit der Trunkenheit dadurch sich verbunden haben müßte, daß damals sein in der fixen Idee liegender Haß durch die erlittene Beleidigung erweckt worden ist, bis zur That, läßt auch in dem Zeitraum von beinahe zwei Stunden nirgends einen höchst aufgeregten Zustand, einen etwa durch Drohungen sich Luft machenden stärkern Haß der Daige, oder eine höhere Trunkenheit bemerklich werden, und nirgendswo ist etwas zur Verdeutlichung dessen zu finden, daß, und wie das Zusammentreffen der beiden, eine Unfreiheit nicht bedingenden Zustände der fixen Idee und der Trunkenheit doch eine Unfreiheit herbeiführten. Nimmt man aber diesen unfreien Zustand an, so läßt sich mit Recht nicht sagen, daß er dadurch zu einem zurechnungsfähigen Zustand erhoben worden seie, weil der Inquisit seine Trunkenheit freiwillig herbeigeführt habe. Die Unfreiheit kommt hier aus der Verbindung der fixen Idee mit der Trunkenheit, und derjenige, welcher sich in einem solchen Zustand befindet,

Digitized by Google

kann in keiner Weise mit jenem gleich behandelt werden, der sich im Zustande alleiniger Trunkenheit befindet. Mag auch im letztern Fall die Trunkenheit sogar eine höhere gewesen seyn, so läßt sich eben doch die in ihr begangene That allein auf die Trunkenheit und ihre freiwillige Herbeiführung zurückbringen. War dagegen ein Verbrecher mit einer fixen Idee behaftet und zugleich betrunken, und verübte er in diesem Zustand ein mit der fixen Idee zusammenhängendes Verbrechen, so läßt sich dessen Entstehung und Begründung neben der freiwilligen Trunkenheit auch auf die nicht freiwillige fixe Idee zurückführen. Man kann aber das Bewußtseyn und die Willensfreiheit nicht wie ein Stück Holz spalten, und sagen, so viel kommt von der That auf die freiwillige Trunkenheit, und so viel auf die unfreiwillige fixe Idee. Die Willensfreiheit ist eine Einheit, und läßt sich eine That, wie hier angenommen wird, auf eine aus einer fixen Idee entsprungene Unfreiheit zurückführen, so ist es unrichtig, wenn man wegen einer nebenstehenden freiwilligen Trunkenheit die mitbestehende Unfreiheit aus der fixen Idee aufhebt. Daß man es that, beweist nur wieder, daß man selbst kein großes Gewicht auf die aus der vermeintlichen fixen Idee entnommene Unfreiheit des Inquisiten legte, wo es dann freilich einfacher gewesen wäre, aus der Trunkenheit des niedersten Grades ebenfalls keine Unfreiheit anzunehmen, anstatt die Unfreiheit aus der fixen Idee mit der Trunkenheit zu begründen, und sie in einen zurechnungsfähigen Zustand deshalb zu verwandeln, weil die Trunkenheit eine selbstverschuldete war. Nur dann, wenn der Inquisit sich in der Absicht betrunken hätte, seinen in der fixen Idee liegenden Haß gegen seine Schwägerin zu steigern und sie zu tödten, nur dann wäre er in der absichtlichen Herbeiführung und Steigerung seines gesammten, der That unterliegenden Zustands zurechnungsfähig gewesen, und dieses scheint es gewesen zu seyn, was hier meinem Herrn Gegner so dunkel vorgeschwebt ist. Allein davon ist hier weither nichts ersichtlich, und deshalb ist und bleibt es unrichtig, daß man den aus der fixen Idee unfreien Inquisiten deshalb für zurechnungsfähig erklärte, weil er zufällig über Durst getrunken hat.

Ob aber diese Trunkenheit wirklich eine freiwillige und selbstverschuldete war, das ist eine Frage, welche in ihren Ursachen und Folgen keineswegs nach den Lehren der Arzneiwissenschaft zu beurtheilen und deshalb in keiner Weise von der gerichtsärztlichen Behörde zu entscheiden war. Hier ist zu untersuchen, ob der Inquisit von Andern zum Trinken verführt oder gar gezwungen wurde; ob er schon beim Anfang seines Trinkens eine Veranlassung zu seinem spätern Verbrechen hatte, ob also das Verbrechen absichtlich mit der Trunkenheit zusammenhängt, oder ob es durch einen nicht vorhergesehenen Zufall in der Trunkenheit herbeigeführt wurde, und daraus ist zu erwägen, was die Ergebnisse dieser Untersuchung für einen Einfluß auf die Strafbarkeit des Thäters äußern. Alles dieses sind aber Sachen, die unzweifelhaft dem Richter zur Beurtheilung zustehen, und wenn hier das gerichtsärztliche Gutachten die Trunkenheit des Inquisiten für eine selbstverschuldete erklärte, und aus eigener Machtvollkommenheit die einmal ausgesprochene Zurechnungslosigkeit aus diesem Grund wieder aufhob, so war dieses ein inkompetentes Urtheil, an welches der Richter in keiner Weise gebunden war.

Unter diesen Voraussetzungen muß ich daher auf meiner frühern Meinung über diesen Criminalfall schlechthin beharren. Ich kann mich von der Richtigkeit des anderseits S. 214 gezogenen Resultats nicht überzeugen, sondern glaube, selbst in Unterstellung der anderseitigen Voraussetzungen, nachgewiesen zu haben,

1) daß weder die fixe Idee noch die Trunkenheit des Inquisiten bestand;

2) daß sie in ihrem Bestand keine Unzurechnungsfähigkeit begründeten, und

3) daß sie in ihrer Begründung einer Unzurechnungsfähigkeit nichts enthielten, was den Gerichtsarzt auf eine richtige und zuständige Weise berechtigte, die erkannte Zurechnungslosigkeit wieder zurückzunehmen, und in eine Zurechnungsfähigkeit zu verwandeln.

Dagegen habe ich mich aus der Entwicklung des Inhalts des Gutachtens überzeugt, daß ich Unrecht hatte, es ein doppeltschneidiges zu nennen. Es ist dieses nicht, sondern es ist ein dreischneidiges. Im Eingang enthält es nämlich den Ausspruch der persönlichen Unfreiheit und Folge dessen der Zurechnungslosigkeit des Inquisiten. Weil er aber die Trunkenheit freiwillig herbeiführte, so wird sodann, ohne eine Beschränkung, seine Zurechnungsfähigkeit ausgesprochen. Und weil im Gutachten die ursächlichen Momente des persönlichen Zustandes des Inquisiten gehörig gewürdigt sind, so wird jetzt daraus gefolgert, daß es die nothwendige Modification, resp. die Milderung der statthabenden Zurechnung bezeichnet und enthält. Unter diesen drei Aussprüchen des Definitivurtheils hatte man also bei Aburtheilung des Inquisiten die Wahl, und wenn man noch einmal seine Rechtfertigung unternimmt, so findet man am Ende noch mehr darin. Übrigens scheinen hiernach die fixe Idee und die Trunkenheit als Milderungsgründe aufgestellt zu werden, wo es sich eben nur frägt, ob es der Gerichtsarzt ist, welcher dem Richter in seinem gerichtsärztlichen Gutachten die Milderungsgründe

Digitized by Google

der Zurechnung zu bezeichnen und auf eine kompetente Weise aufzustellen hat.

Das große Gewicht, welches man der öffentlichen Begehung der That zum Beweis der Unzurechnungsfähigkeit des Inquisiten beilegt, ist aber wiederholt als schlechthin verwerflich, und selbst für die gesammte Strafgerechtigkeitspflege gefährlich zu bezeichnen. Allerdings ist der sein Verbrechen öffentlich begehende Mensch im Zustande der höchsten Aufregung. Diese kann aber auch von seiner auf das Höchste gestiegenen Leidenschaft herkommen, und kann man eine solche als den Grund des Verbrechens, wie hier den Haß gegen die Daige, nachweisen, so ist die öffentliche Begehung des Verbrechens nur ein Beweis der zügellosesten Herrschaft der Leidenschaft in ihm, also ein Zeichen größerer Verdorbenheit, wo es nur zu beklagen ist, daß man diesen eher zu einer härtern Bestrafung führenden Grund dazu benutzt, um eine gänzliche Zurechnungslosigkeit oder auch nur eine gemilderte Zurechnung, wie man sich auszudrücken beliebt, und eine geringere Strafe auszusprechen. Ich werde in Bälde einen neuerlichen Fall mittheilen, wo ein Mörder sein Opfer auf offener Straße in der Mitte von Bekannten niedergeschossen hat, und wo man auch wieder aus dieser öffentlichen Begehung des Verbrechens auf eine geminderte Zurechnungsfähigkeit und mildere Strafe kam.

Was dagegen die allgemeine Frage betrifft, ob der Richter an den Ausspruch der Gerichtsärzte über die Zurechnungsfähigkeit gebunden ist, so bezweifle ich es bis zur namentlichen Anführung der Gesetzgebungen, daß alle neuen, zumal deutschen Gesetzgebungen diese Frage bejahen. Daß es wenigstens bei uns nicht der Fall werden wird, davon mag man sich aus der Redactionsnote S. 101 überzeugen, und daß es nicht gut um die Strafgerechtigkeitspflege stände, wenn es bei uns so wäre, diese Ueberzeugung wird man aus dem hier geführten Streit entnehmen können. Wenn man übrigens eine Untersuchung dieser doch offenbar nicht in das Gebiet der Arzneiwissenschaft, sondern zur Strafgesetzgebung gehörigen Frage unter Berufung auf die Meinung von Metzger, Reil, Hofbauer und Heinroth, d. h. auf die alleinige Autorität von Aerzten hin für überflüssig erachtet, wenn man also die Lehren der Rechtswissenschaft und die Grundsätze der Strafgesetzgebung keines Blickes würdigt, so zeigt man dadurch, daß man keine vollständige Anschauung und Erörterung der Frage verlangt, und dann ist freilich eine auch nur etwas nähere Eingehung darin überflüssig. Ich werde mich daher um so mehr auf nur wenige Bemerkungen beschränken, als man anderseits meine frühern Gründe nicht widerlegt, sondern lediglich Behauptungen aufgestellt hat, die nichts beweisen, als daß man auch hierin keine klare Vorstellungen besitzt.

Nach der Behauptung des Herrn Wich soll und kann nur der Gerichtsarzt die Frage beantworten, ob der Angeschuldigte nicht etwa blos seines Verstandes allein, sondern auch seines Willens, seiner Bestimmungsfähigkeit für das Rechte und Unrechte mächtig war oder nicht, und warum. Diese Frage kommt nun in allen Straffällen vor, und da sie zum Urtheil führt, ob das Vergehen überhaupt dem Thäter zugerechnet werden kann, so unterliegt ihre Beantwortung allen Strafurtheilen und bedingt sie. In der Behauptung wird aber lediglich kein Unterschied darin gemacht, ob der Angeschuldigte wegen mangelnder Verstandesbildung, wegen Seelenkrankheit, Trunkenheit oder einer Leidenschaft seines Verstands und Willens nicht mächtig war, und es hat also der Richter in allen Fällen den Arzt über diese, die Zurechnung bedingende Frage anzugehen, und wie derselbe antwortet, muß er entscheiden. Er kann sich auch in den von ihm als unzweifelhaft angesehenen Fällen nicht darüber hinaussetzen, weil die Annahme eines unzweifelhaften Falls zugleich sein Ausspruch wäre, daß der Verbrecher seines Willens mächtig war, und weil gerade der Richter diesen Ausspruch nicht ertheilen kann und soll. Hiernach hätten also die Gerichtsärzte den wichtigsten Theil der subjectiven Strafbarkeit, die Zurechnung des Verbrechens, in allen Strafsachen mit bindender Kraft für den Richter zu bestimmen, und da müßte man sich nur über die wirklich leichtfertige Einrichtung der Dinge in der Hinsicht wundern, daß man bei uns und auch anderwärts die Untersuchung und Entscheidung der wichtigsten, die Hauptgrundlage des Strafurtheils ausmachenden Frage einzelnen Aerzten, Medicinalreferenten überweist, und dagegen so viele und so große Richtercollegien aufstellt, um den so einfachen Schluß zu ziehen, daß der von den Aerzten persönlich unfrei erklärte Verbrecher unzurechnungsfähig und straflos sei, credat Apella non ego.

Der ganze Schluß des Aufsatzes von Herrn Wich ist mir aber unverständlich und eine wahre Sammlung nicht zu lösender Räthsel geblieben.

Der Richter soll nämlich nicht an den Ausspruch der Aerzte über die Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit eines Verbrechers gebunden seyn. Ja er soll darüber nicht einmal den Arzt fragen dürfen. Dagegen soll er den von den Aerzten persönlich unfrei Erklärten nicht als zurechnungsfähig, und den persönlich frei Erklärten nicht als zurechnungslos erkennen dürfen.

Wenn also der Richter nicht an den Ausspruch der Aerzte über die Zurechnungsfähigkeit eines Verbrechers gebunden ist, und wenn nicht geläugnet werden kann, daß hier das gerichtsärztliche Gutachten den Inquisiten entweder als zurechnungsfähig oder als zurechnungslos erklärte, so giebt man ja jetzt selbst zu, daß der Richter daran nicht gebunden war. Das Nämliche habe ich auch behauptet, und kann daher gar keinen Grund einsehen, warum man über meinen Aufsatz so aufgebracht ist.

Den von den Aerzten für persönlich unfrei Erklärten soll dagegen der Richter nicht für zurechnungsfähig erklären dürfen. Hier ist aber der Inquisit ausdrücklich für persönlich unfrei erklärt, und dennoch von der gerichtsärztlichen Behörde für zurechnungsfähig, oder wie man jetzt sagt, für halbzurechnungsfähig erkannt worden. Es scheint also nach der gegentheiligen Meinung zwar der Gerichtsarzt das Recht zu haben, den persönlich unfrei erklärten Verbrecher für zurechnungsfähig zu erkennen, nicht aber der Richter. Warum er dieses größere Recht haben soll, wird zwar nicht gesagt, dagegen liegt das Korrektiv in dem Recht des Richters, den Ausspruch des Arztes über die Zurechnungsfähigkeit nicht anzuerkennen, und die ganze Sache gewinnt die folgende Gestalt: wenn der Gerichtsarzt den Inquisiten für persönlich unfrei erklärt, so hat der Richter

Digitized by Google

ihn für zurechnungslos zu erkennen, und wenn er ihn für persönlich frei erkläet, so muß ihn der Richter für zurechnungsfähig erkläeen. Wenn aber der Arzt sagt, der Inquisit ist unfeei, also zurechnungslos; er ist frei, also zurechnungsfähig, so hat sich der Richter nicht daeau zu binden, und kann den Zurechnungslosen für zurechnungsfähig, und den Zurechnungsfähigen für zurechnungslos eekennen.

Alles dieses ist nun freilich höchst sonderbar und voll Widersprüchen, allein man mußte dahin kommen, wenn man die Entscheidung über die persönliche Feeiheit oder Unfreiheit eines Veebrechers dem Gerichtsarzt, und die Entscheidung über die Zurechnungsfähigkeit oder Unfähigkeit dem Richter zuweist.

Suchen wir hier mehr in das Klare zu gelangen, so werden wir vor allem den Begeiff der Zurechnung eines Verbrechens feststellen müssen, denn auf diese Zueechnung zielen alle hier obschwebenden Feagen hin. Die Zurechnung ist nun das vom Richter ausgehende Urtheil, daß ein Veebrecher zur Zeit seiner That sich in einem Vernunft- und Willenszustand befunden habe, in dem er füe das begangene Veebrechen verantwortlich gemacht werden kann. Dieses Urtheil setzt also einen Zustand voeaus, in welchem Jemand seiner Vernunft mächtig war und seinen Willen feei bestimmen konnte, und diesen Zustand nennt man die Zurechnungsfähigkeit. Die Bestimmung diesee Zurechnungsfähigkeit löst sich aber wieder in die Frage auf, ob der Angeschuldigte nicht etwa allein seines Veestandes, sondern auch seines Willens mächtig war oder nicht, und wenn nun Heer Wich S. 215 oben sagt, daß die Beantwortung dieser Frage nur dem Gerichtsarzt zusteht, so ist nicht zu begreifen, wie er S. 215 weiter unten sagen konnte, daß dee Richter nicht an den Ausspruch des Arztes über die Zurechnungsfähigkeit gebunden seie, wo doch dieser Ausspruch gerade die Lösung, die Beantwortung der dem Aezt allein zustehenden auf die Zurechnungsfähigkeit gerichteten Frage ist.

Soll sich dagegen der Richter an den Ausspruch des Arztes übee die peesönliche Freiheit des Angeschuldigten halten, so ist nicht zu verkennen, daß sich diese Feeiheit zur Zurechnungsfähigkeit geeade wie die Zurechnungsfähigkeit zur Zueechnung verhält, d. h. gleich wie Jemanden ein Verbrechen zugerechnet werden kann, der zurechnungsfähig ist, so ist Jemand zurechnungsfähig, der peesönlich frei ist. Eines bedingt das andere, und ist der Schluß, die Folge vom vordern, und soll nun der Richter an die Erkläeung des Arztes hinsichtlich dee persönlichen Freiheit, als des Voedersatzes dee Zueechnungsfähigkeit, gebunden seyn, so sollte man auch meinen, ee wäee an den Schluß daeaus, an die Zuechnungsfähigkeit, gebunden. Es ist wirklich gar nicht abzusehen, waeum der Richter nicht an den Schluß gebunden, und nicht einmal berechtigt seyn soll, den Arzt über die Zurechnungsfähigkeit zu fragen. Es will mich beinahe bedünken, als verwechsle man anderseits den Begeiff der Zurechnungsfähigkeit mit dem Begriff der Veeschuldung eines Verbrechers, d. h. der Frage, ob das Verbrechen in rechtswidriger Absicht — dolos — oder nur in Leichtfertigkeit — culpos — begangen wurde. Wenigstens kann darüber der Richter den Arzt nicht fragen.

Mit dem Begriff der persönlichen Freiheit oder Unfreiheit langt man hier aber gar nicht aus. Er ist kein selbstständiger strafrechtlicher Begriff, wie die Zurechnungsfähigkeit, sondern er ist ein Factor derselben, der hauptsächlich auf die Willensfreiheit geeichtet ist, und den andern Hauptfactor der Zueechnungsfähigkeit, die Verstandesausbildung, nicht umfaßt. So z. B. kann man den ungebildeten Taubstummen nicht persönlich unfrei nennen, und doch kann er unzurechnungsfähig seyn, wenn sein Verstand nicht die Bildung erhalten hat, um Recht und Unrecht zu unterscheiden. Ein solchee könnte daher vom Arzt peesönlich frei und doch vom Richter unzuerechnungsfähig erklärt werden, obschon man dieses anderseits dem Richter verbietet.

Sodann führt die persönliche Unfreiheit eines Verbrechers in ihrem Vorkommen auf Ursachen zurück, die in keiner Weise in das Gebiet der Arzneiwissenschaft einschlagen, wo also der Ausspeuch über die Unfreiheit dem Gerichtsarzt gar nicht zusteht. Ueberall nämlich, wo ein Angeschuldigter behauptet, zu einem Verbeechen gezwungen worden zu seyn, behauptet er damit seine persönliche Unfreiheit, und es wird keines Beweises bedürfen, daß der Richtee und nicht der Arzt dieses zu entscheiden und auszusprechen hat.

Unter diesen Voraussetzungen ist es daher unrichtig, wenn man sagt, der Richter sei an die Erklärungen der Aerzte über die Freiheit und Unfreiheit mit der Folge gebunden, hieraus alsdann auf Zurechnungs- oder Unzurechnungsfähigkeit zu erkennen. Es ist dieses um so unrichtiger, als der Gerichtsaezt niegends um die Freiheit odee Unfreiheit, sondern überall um die Zurechnungsfähigkeit befragt wird, und daher sein Gutachten darüber abzugeben hat, ob er den Verbrecher für zurechnungsfähig eeachtet oder nicht. Es wird meinem Herrn Gegner aus seiner geeichtsäeztlichen Praxis bei der Sanitätscommission auch nicht ein Fall vorgekommen seyn, wo man ein Supeerarbitrium über die Feeiheit oder Unfreiheit eines Verbrechers veelangte, und eben weil also das Supeearbitrium sein Definitivurtheil nicht über diese Freiheit oder Unfreiheit, sondern über die Zurechnungsfähigkeit oder Unfähigkeit abzugeben hat, eben deshalb ist der Richter nicht an das Urtheil übee diese Feeiheit gebunden. Die Freiheit oder Unfreiheit ist die Begründung des Urtheils über die Zurechnungsfähigkeit oder Unfähigkeit, und an die Gründe des Uetheils hat sich der Richter in keinem Fall, sondern höchstens nur an den Ausspeuch zu halten.

Da jedoch die Zurechnung des Verbrechens lediglich ein Akt des richterlichen Urtheils ist, wozu die Zurechnungsfähigkeit einen Vordersatz bildet, so muß auch die Annahme dee Zurechnungsfähigkeit selbst wieder ein Akt der richterlichen Beurtheilung seyn, der Richter hat dabei die erhobenen ärztlichen Gutachten zu prüfen und zu beachten, nicht aber als Geundlagen seines Urtheils zu befolgen.

Hiermit schließe ich meinen Streit gegen Herrn Wich, und wenn er noch einmal das Wort gegen mich ergeeift, so werde ich mit Stillschweigen antworten, wünsche aber, daß er das fragliche Gutachten mit seinem Vortrag drucken lasse, woraus sich der Leser am besten überzeugen wird, wer Recht hat.

Sander.

Hauptredacteue: Ministeeialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 21. October 1837

I

Criminalfall.

Verurtheilung auf Indicien.

Adam Bangert von Mannheim, 36 Jahre alt, welcher im Jahre 1825 Bäckermeister daselbst geworden war, aber schon in den ersten Jahren nach seinem Etablissement wegen Vermögensrückgang dasselbe wieder aufgegeben und eine Zeit lang wieder als Bäckergeselle die Fremde besucht hatte, nun aber völlig vermögenslos ist, gerieth unlängst wegen vier, in den Monaten November und December v. J. und Jänner d. J. verübter Pferdediebstähle in Untersuchung. Er läugnete sie. —

I. Den Anlaß zur Untersuchung gab folgender Fall.

In der Nacht vom 22. auf den 23. Jänner d. J. wurde dem Müller Wilhelm Dingeldey von Bensheim ein hellbraunes Wallachpferd aus einem unverschlossenen Stalle entwendet. Der Eigenthümer und sein Knecht Balthasar Katzenmaier entdeckten die That schon zwischen zwei und drei Uhr Morgens. Ersterer fand beim Nachsuchen die Spur des an drei Füßen frisch beschlagenen Pferdes im Schnee und verfolgte sie bis nach Mannheim, wo auf Anzeige bei der Obrigkeit weitere Fahndung angeordnet wurde, welche das Resultat hatte, daß die Gensd'armerie noch am nämlichen Tage den Adam Bangert mit dem Makler Trauz von Mannheim und einem Pferde auf dem linken Rheinufer ergriff. Dieses Pferd entsprach der Beschreibung des entwendeten und wurde auch vom Damnificaten als sein Eigenthum erkannt. —

Bei jener Verhaftung war Bangert nach Aussage des Gensd'armen blaß geworden, er zitterte und sagte (ungefragt), daß er das Pferd gekauft habe.

Gerichtlich verhört, erklärte er: das Pferd gehöre seinem Begleiter Trauz. Auf dessen Aufforderung habe er es jenseits des Neckars an der Kießgrube von einem fremden Manne in Empfang genommen, in die Stadt und dann auch über den Rhein geritten.

Trauz dagegen gab an: Er sei Morgens um 7¾ Uhr zufällig in dem Lammwirthshause in Mannheim mit Bangert zusammengetroffen, dort von diesem um einen Sattel angesprochen worden, welchen er auch bei Fuhrmann Fuchs geliehen habe.

Auf weiteres Begehren sei er dann, weil er seiner Geschäfte wegen nicht sogleich abkommen konnte, dem Bangert auf den Ueberrhein nachgefolgt, habe von jenem gehört, daß er mit dem Pferde fortgeritten sei, weil es ihm habe ausgepfändet werden sollen, und daß er jetzt das Pferd verkaufen wolle, wobei seine, des Deponenten, Dienste als Makler begehrt wurden.

In der sogleich vorgenommenen Confrontation blieben die beiden Verhafteten bei ihren, sich widersprechenden Angaben.

Von der Lammwirthin Bundschuh konnte nur so viel angegeben werden, daß Bangert am fraglichen Morgen zwischen 7 und 8 Uhr mit dem ungesattelten Pferde in ihr Wirthshaus geritten war, das Pferd dort verpflegte, dann mit dem inzwischen angekommenen Trauz sich besprach, von diesem einen Sattel geholt erhielt und sodann wieder allein wegritt. Der auf dem arretirten Pferde befindliche Sattel wurde von Georg Fuchs, bei welchem ihn Trauz geliehen hatte, anerkannt. —

Befragt, wo er die Nacht vom 22. auf den 23. Jänner zugebracht habe, erklärte Bangert, daß er in der Nacht vom 21. auf den 22. und vom 22. auf den 23. im Ring in Mannheim gewesen sei. Als aber der Ringwirth Schäufele bemerkte, daß jener nur die ersterwähnte Nacht bei ihm logirt habe, behauptete Bangert, daß er die andere Nacht (in welcher der Diebstahl verübt wurde) in Oestringen bei Joseph Beck sich aufgehalten und um ein Uhr sich von dort entfernt habe. — Allein dieser Zeuge versicherte eidlich das Gegentheil mit dem Beifügen, daß er den Bangert seit dem Monate December nicht mehr gesehen habe. Nun berief der Inculpat, auf seiner Behauptung beharrend, sich auf Becks Hausgenossen, welche jedoch dieselbe Erklärung, wie Beck selbst, abgaben, wonach denn auch das alibi des Inculpaten vollkommen widerlegt ist. Wo er gewesen, blieb inzwischen nicht ungewiß. Denn

Digitized by Google

Franz Heinz von Bensheim, der den Inculpaten wohl kennt, weil dieser bei des Erstern Vater das Bäckergewerbe erlernt hatte, so wie noch einige andere Personen von Bensheim (Johann Blösinger, Johann Schäfer und Heinrich Beuter), welche den Inculpaten theils vorher schon kannten, theils bei der Gegenüberstellung wieder erkannten, deponirten eidlich, daß Inculpat am Abend vor der That in Bensheim im Hause des Zeugen Heinz eine Zeit lang sich aufgehalten hatte.

Inculpat wollte gleichwohl hiervon, selbst mit den Zeugen confrontirt, nichts wissen. Diese hatten noch besonders angegeben, daß Bangert am fraglichen Abende aus einer porcellänenen Pfeife mit kurzer Röhre geraucht habe. Eine solche Pfeife war aber vom Knechte des Damnificaten, unmittelbar nach der That, im Stalle, in der Nähe des Platzes, wo das entwendete Pferd gestanden hatte, vorgefunden worden. Die Pfeife kam zu Gerichts Handen, und es erkannte nicht nur Zeuge Heinz dieselbe bestimmt für die nämliche, aus welcher Inculpat am Abend vor dem Diebstahle geraucht, sondern es versicherte auch der beeidigte Ringwirth Schäufele, bei welchem Bangert am 21. Jänner übernachtete, daß jene Pfeife dem Bangert gehöre. Der Zeuge bemerkte dabei, daß Bangert sie am 21. Jänner bei sich gehabt, und Zeuge dieselbe wegen des darauf befindlichen, auffallenden Gemäldes besonders betrachtet habe.

Bangert verläugnete jedoch auch die Pfeife und konnte bei Gegenüberstellung der letztern zwei Zeugen zu keinem Anerkenntnisse vermocht werden.

Hiernach war

1) vollständig erwiesen, daß Inculpat am 22. Jänner Abends in Bensheim, somit in der Nähe des Orts sich befand, an welchem in der darauf folgenden Nacht ein Pferdediebstahl verübt wurde.

2) Es war ihm hinsichtlich eines anderweitigen Aufenthalts in jener Nacht nicht nur sein versuchter Beweis mißlungen, sondern durch die Aussagen der von ihm selbst vorgeschlagenen Zeugen sogar die Unwahrheit seiner Behauptung geradezu dargethan.

3) Es ist erwiesen, daß am Platze, wo das Entwendete gewesen, nach dieser Entwendung ein Gegenstand sich vorfand, welcher dem Inculpaten gehörte und unmittelbar vor dem Dirbstahle noch in seinem Besitze war, also nicht wohl von einer andern Person als dem Inculpaten in den Stall des Daminificaten verbracht und dort zurückgelassen worden seyn konnte.

4) Der entwendete Gegenstand war ein ungesatteltes Pferd. Inculpat war mit einem solchen früh Morgens in Mannheim angekommen und von dort nach Entleihung eines Sattels weiter geritten.

5) Er wurde am nämlichen Tage mit dem, mit diesem Sattel bedeckten Pferde betreten.

6) Die Identität dieses Pferdes mit dem entwendeten ist unbestritten.

7) Inculpat war endlich außer Stand, auf eine glaubhafte Weise darzuthun, daß er auf eine unverdächtige Weise in den Besitz des Pferdes gelangt sei.

Es concurriren hier also nicht nur die in den Artikeln 29 und 43 der peinlichen Gerichtsordnung erwähnten nahen Inzichten, sondern es treffen so viele Umstände hier zusammen, daß es nicht möglich ist, anzunehmen, die That könne von einem Dritten verübt worden seyn. Inculpat wurde daher der Entwendung des fraglichen Pferdes, welches gerichtlich zu 120 fl. taxirt worden war, schuldig erklärt *).

II. Bei Hirschwirth Reiß in Haueneberstein war, nach einer, von demselben schon am 3. December v. J. bei dem Amte Baden gemachten Anzeige, in der Nacht vom 2. auf den 3. December eine schwarzbraune Stute, ebenfalls aus einem unverschlossenen Stalle entkommen.

Im Verlaufe der gegen Bangert wegen des ersterwähnten Diebstahls eingeleiteten Untersuchung fand sich das fragliche Pferd bei Philipp Peter Vok von Weinheim vor und wurde vom Damnificaten ausdrücklich als sein Eigenthum anerkannt. Nach Eintrag in dem Viehkaufprotokoll der Stadt Weinheim war es von Vok am 5. December, also zwei bis drei Tage nach der Entwendung erkauft worden. Der in der Mitte liegende Zeitraum reichte sehr wohl hin, das Pferd von Haueneberstein nach Weinheim zu verbringen.

Als Verkäufer des Pferdes ist Adam Bangert in dem fraglichen Protokolle eingetragen und es wurde die Thatsache, daß er es war, welcher das Pferd verkauft hatte, noch durch die Aussage zweier Zeugen, des Herz Marx von Birkenau, welcher bei dem Handel als Makler diente, und des Wirths Diesbach von Weinheim, bestätigt. Auch der Käufer Vok glaubte in dem Inculpaten denjenigen zu erkennen, von welchem er das Pferd gekauft hatte.

Obgleich auf solche Wrise zur Genüge der Beweis vorlag, daß der Inculpat kurz nach der Entwendung des fraglichen Pferdes dasselbe besessen und darüber zu seinem Vortheile disponirt hatte, so gab er diese Thatsachen dennoch nicht zu, sondern behauptete, nichts von Allem zu wissen.

Durch ein Zeugniß des Bürgermeisters von Kuppenheim, einem nahe bei Haueneberstein gelegenen Orte, wurde nun noch weiter hergestellt, daß Bangert, ausweislich des

*) Das in Bezug auf Trauz erlassene Erkenntniß kann hier unberücksichtigt bleiben.

Digitized by Google

Fremdenbuchs, am 1. December v. J. in Kuppenheim übernachtet hatte und aus der eidlichen Deposition des Damnificaten und des Gabriel Reiß, welche den Inculpaten, da er in Baden als Bäckergeselle gearbeitet hatte, schon vorher kannten, ergiebt sich überdies, daß Bangert am 2. Dezember v. J. des Morgens, also am Tage vor der Nacht, in welchem der Diebstahl verübt worden war, im Wirthshause des Damnificaten ein Frühstück eingenommen hatte, was Inculpat jedoch ebenfalls in Abrede stellte.

Da 1) derselbe seinem Berufe nach keinen Grund hatte, sich in der Gegend von Hauneberstein herum zu treiben und bei seinem völligen Läugnen der Anwesenheit daselbst (welche er zugestehen konnte, wenn er nicht schuldbewußt war), sich auch kein erlaubter Zweck derselben unterstellen läßt; da aber seine Angabe als Lüge sich erfand, und er gerade (erwiesener Maßen) am Tage vor der Entwendung des Pferdes am Orte und im Hause, wo solche verübt wurde sich befand, und auf diese Weise wohl die Gelegenheit ausgekundschaftet haben mochte;

2) da er ferner kurz nach dem Diebstahl das entwendete Pferd ebenfalls erwiesener Maßen besaß und dasselbe verkaufte;

3) da er endlich den Besitz des Pferdes (dessen er sich mindestens ebenso wohl bewußt seyn mußte, als die ihn überführenden Zeugen solchen kannten) läugnete, somit von seiner Seite geflissentlich jede Aufklärung darüber abgeschnitten wird, aus welcher auch nur eine Vermuthung für den rechtmäßigen Erwerb des Pferdes sich ergeben würde, die sonst erwiesenen Umstände aber, mit Berücksichtigung der gänzlichen Vermögenslosigkeit des Inculpaten, welche ihm den Ankauf eines Pferdes unmöglich machte, dafür sprechen, daß er es nur durch Diebstahl sich zugeeignet haben könne, so entging Inculpat auch hinsichtlich dieses Pferdes (gerichtlich auf 90 fl. taxirt) der Verurtheilung nicht.

III. Auch Carl Gözmann von Muggensturm entdeckte am 11. Nov. v. J., daß ihm in der vorhergegangenen Nacht sein Kohlfuchs entwendet worden war, den er damals auf 155 fl. schätzte. Ein, der Beschreibung desselben entsprechendes Pferd wurde, im Laufe der Untersuchung gegen Bangert, bei Balthasar Emmerich von Umstadt entdeckt, das der Damnificat für das seinige erkannte und der gerichtliche Schätzer zu 82 fl. 30 kr. taxirte.

Aus der Untersuchung ergab sich, daß Emmerich das Pferd von Maier Maier in Leutershausen, dieser dasselbe von Valentin Fath von Oberflockenbach, und Letzterer solches von Mordche Marx von Birkenau erhalten hatte.

Nach Aussage dieses Zeugen war ihm das Pferd von Bangert für 40 fl. verkauft worden. Der Verkauf und die Zahlung des Kaufpreises hatte in Gegenwart des Bürgermeisters Bernhard von Birkenau Statt und wurde sowohl von diesem, als einer Reihe beeidigter Zeugen bestätigt.

Ueberdies liegt ein von der genannten obrigkeitlichen Person geführtes Verkaufsprotocoll im Orginale vor, wornach der Kauf am 13. November, also wenige Tage nach der Entwendung, geschlossen wurde. Der Inculpat hat nicht nur das Protocoll als Verkäufer unterschrieben, sondern er hat auch unter demselben den Empfang des Kaufpreises nochmals durch seine Unterschrift quittirt.

Er wollte in der Untersuchung übrigens auch davon nichts wissen, daß er das fragliche Pferd besessen und verkauft habe. Er wagte jedoch nicht, jene Urkunde und seine Unterschriften darin für falsch zu erklären, beschränkte sich vielmehr in seiner Vertheidigung auf die Behauptung, daß er sich des ganzen Vorgangs nicht erinnere, sich nicht entsinne, die Unterschrift geschrieben zu haben. —

1) Da durch das eben Mitgetheilte entschieden erwiesen ist, daß Bangert das entwendete Pferd verkauft hat.

2) Da dieser Verkauf in so kurzer Zeit nach der That, jedoch in einem Zeitpunkt geschah, in welchem das Pferd von Muggensturm nach Birkenau verbracht seyn konnte.

3) Da der Inculpat das Pferd, welches zur Zeit der Entwendung 155 fl. werth gewesen seyn sollte, das aber mindestens jetzt noch 82 fl. 30 werth ist, um 40 fl., also unter der Hälfte des Werths verkaufte, wofür der Grund nur in einer unredlichen Erwerbung und dem Wunsche der baldmöglichen Entäußerung des betreffenden Objects gefunden werden konnte.

4) Da ferner der Inculpat der vollständigsten Ueberführung ungeachtet den Besitz des Pferdes läugnete und damit die völlige Unmöglichkeit zu einer andern Erklärung vorliegt, wie das entwendete werthvolle Pferd in den verläugneten Besitz des vermögenslosen Inculpaten gekommen seyn konnte, wenn er es nicht aus dem Stalle des Damnificaten entwendet haben sollte; da endlich

5) Inculpat (nach Aussage des Damnificaten) in dessen Wohnung bekannt ist und

6) die gegenwärtige That hinsichtlich des Objects, der Art der Verübung und dem nachherigen Benehmen des Inculpaten mit dem zuvor erwähnten Falle völlig übereinstimmt, so hielt man auch die hier zusammentreffenden in genauer Verbindung stehenden, theils nahen, theils entfernteren, so weit sie des Beweises bedürfen bewiesenen Inzichten zu der richterlichen Ueberzeugung für genügend, daß Inculpat der That schuldig sei.

IV. Aehnliche Umstände lagen auch bei einem weitern, in Eschelbach verübten Pferdediebstahl, dessen Object 25 fl. am Werth betrug, vor, weshalb auch hierwegen eine verurtheilende Entscheidung erfolgte.

Digitized by Google

V. Die Summe der vier, als erster fortgesetzter großer Diebstahl zu bestrafenden Entwendungen betrug 317 fl. 30 kr.

Nach Maßgabe des §. 75 des Strafedikts und mit Berücksichtigung der, aus §. 83 und 85 sowohl, als der mehrfachen Fortsetzung sich ergebenden Strafschärfungsgründe, wurde eine neunzehnmonatliche Zuchthausstrafe gegen den Inculpaten erkannt *). Kirn.

II.

Zu den §§. 358 und 359 der Prozeßordnung.

Bei Deliberation über eine schriftlich eingereichte Klage, welche mehrere verschiedene Punkte enthielt und in der hinsichtlich eines Anspruchs gar kein thatsächlicher Klaggrund angegeben war, wurde die Meinung vertheidigt, daß auf eine Klage, welche keinen thatsächlichen Klaggrund enthält, nur erkannt werden dürfe: „Sie finde angebrachtermaßen nicht Statt;“ nicht aber: „Sie finde nicht Statt.“

Diese Ansicht dürfte jedoch nicht haltbar seyn. Ist nämlich in einer Klage keine thatsächliche Begründung geltend gemacht, so darf der Richter ihr keine solche unterstellen, und daher auch nicht annehmen, daß ein thatsächlicher Grund existire. Da aber ein Recht nur durch die Existenz gewisser Thatsachen bedingt seyn kann, welche sich mit einem Gesetze vergleichen lassen, so läßt sich in Ermanglung dieser Thatsachen auch kein Gesetz auffinden, welches dem in der Klage erhobenen Anspruch zur Seite stünde, man muß daher annehmen, daß die Klage, wie sie angestellt wurde, in den Rechten nicht begründet sei, wie §. 358 der Prozeßordnung sich ausdrückt.

Eine hiernach auszusprechende definitive Abweisung einer Klage präjudicirt auch dem Kläger, wenn er etwa aus Versehen die thatsächliche Begründung der Klage unterlassen haben sollte, nichts. Denn wenn er später eine andere Klage anstellt und diese auf bestimmte Thatsachen baut, so kann ihm die exceptio rei judicatae nie entgegengesetzt werden, da sich nie würde erweisen lassen, daß der zuerst ohne alle thatsächliche Begründung erhobene und verworfene Anspruch derselbe sei, der durch die neue Klage verfolgt wird.

Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt auch der §. 359 der Prozeßordnung, indem dieser hinsichtlich der fehlerhaften Klagbegründung nur für den Fall verordnet, die Klage angebrachtermaßen zurück zu weisen:

„wenn der thatsächliche Klaggrund nicht deutlich, bestimmt oder vollständig angeführt worden wäre“

also immer voraussetzt, daß ein Klaggrund angeführt, aber nur nicht gehörig ausgeführt sei. Kirn.

III.

In Sachen Weisbrod gegen Massar.

Der Kläger hatte sich beim großherzogl. Stadtamte Mannheim einen Sicherheitsarrest auf ein Guthaben des Beklagten erwirkt. In der Justificationstagfahrt sprach das großherzogl. Stadtamt seine Ansicht dahin aus, daß es gar nicht competent sei, einen Arrest anzulegen, und erließ folgendes Erkenntniß:

In Erwägung, daß die diesseitige Stelle zur Anlegung des Arrestes nicht competent ist, dem Richter aber freisteht, nach §. 694 *) den Arrest mit oder ohne Cautionsauflage wieder aufzuheben, wird erkannt: Es sei der ... impetrirte Arrest auf das Guthaben des Impetraten als unstatthaft wieder aufzuheben, jedoch nur unter der Bedingung der von dem Impetraten .... einzulegenden Sicherheit bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das ausländische Gericht. Comp. expensis.

Großherzogl. Stadtamt.
Nombride.

*) Es ist hier noch anzuführen, daß der Inculpat auf sein Begehren einen Vertheidiger bestellt erhalten hatte; und die Vertheidigung sich lediglich auf den Satz stützte, daß auf Inzichten allein keine peinliche Strafe erkannt werden dürfe. Die Erörterung dieser Controverse liegt außer dem Plane gegenwärtigen Aufsatzes. Uebrigens kam sie auch bei Entscheidung über obige Untersuchung zur Sprache und es stimmte die Minorität des hofgerichtlichen Senats, jenem Satze huldigend, für die Klagfreierklärung. Wäre diese erfolgt, so möchte Bangert leicht auch zu dem Ausrufe veranlaßt worden seyn, welcher im ersten Jahrgange der Annalen S. 398 von einem andern Inculpaten referirt wird: „Ich bin freigesprochen? das hätte ich nie geglaubt!“

*) Wenn auch der §. 694 der Prozeßordnung dem Richter freistellt, mit oder ohne Cautionsleistung den angelegten Arrest wieder aufzuheben, so versteht sich doch wohl nach Wortlaut und Geist des §. 694 der Prozeßordnung von selbst, daß er eine Arrestaufhebungsverfügung mit der Auflage, Sicherheit zu leisten, d. h. eine den Arrest ersetzende Verfügung nur dann erlassen kann, wenn er sich überhaupt für competent erklärt. Denn wenn er sich nicht für competent erklärt, so kann er nichts weiter als seine Incompetenz erklären, d. h. nur negativ verfügen, hat aber alle positiven Anordnungen zu unterlassen, die nur an die richterliche Competenz geknüpft sind.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 43. Karlsruhe den 28. October 1837.

I

Rechtsfall.

Obervogt Waldschütz gegen die gräflich von Langensteinsche Kuratel, Pension betreffend.

Der jetzt pensionirte Rath und Obervogt Waldschütz zu Freiburg war seit 1792 im Dienste der ehemaligen Abtei Salem, in der Eigenschaft als Justiz-, Polizei- und Kammeralbeamter der Herrschaft Münchhöf angestellt, und ist vermöge des §. 5 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Februar 1803 an das Großherzogthum Baden übergegangen, und zwar namentlich in die Dienste der apanagirten Herren Markgrafen, denen die Abtei Salem als mediatisirtes Land unter landesherrlicher Oberhoheit zugetheilt worden ist.

Er blieb hiebei in seiner frühern Dienststellung als Justiz-, Polizei- und Kammeralbeamter, bis er im Jahre 1813 in Folge des Edictes vom 14. Mai, Regierungsblatt Nr. 15, welches die standesherrliche und grundherrliche Jurisdiction aufhob, seiner Function als Justiz- und Polizeibeamter enthoben wuede. Von da an behielt er nur noch den Dienst eines standesherrlichen Kammeralbeamten bei. Hiebei wurde ihm in Beziehung auf seine Besoldungsverhältnisse der Naturalgenuß seines ganzen bisherigen Einkommens von der Standesherrschaft belassen, und für die wegfallenden Sporteln eine Entschädigung von 200 fl. verwilligt.

Die Standesherrschaft benahm sich dagegen mit der Landesherrschaft über die von derselben zu leistenden Vergütungen hinsichtlich des Justiz- und Polizeidienstes in der Art, daß das ganze Diensteinkommen nach einer von dem Rath Waldschütz gefertigten Fassion auf 2677 fl. 20 kr. angeschlagen, und davon der vierte Theil mit 669 fl. 20 kr. für die Justiz und Polizei aufgerechnet und alljährlich von der Staatskasse an die standesherrliche Renteikasse vergütet wurde.

Durch Beschluß des großherzogl. Finanzministeriums vom 18. Juli 1817, Nr. 12,037, wurde nämlich die Uebereinkunft, wornach dasselbe ein Viertel des auf 2677 fl. 20 kr. angeschlagenen Gehalts des Obervogts Waldschütz, mit jährlich 669 fl. 20 kr., auf das Aerarium übernahm, genehmigt, und dies sowohl dem damaligen Seekreisdirektorium zum Behufe der Zahlungsanweisung, als auch der markgräflichen Renteiadministration eröffnet.

Das erstere gab hiervon dem Obervogt Waldschütz unterm 31. Juli 1817, Nr. 11,726, Nachricht, und wies die Obereinnehmerei zur Zahlung unmittelbar an den Obervogt Waldschütz an. Eben so setzte die Renteiadministration unterm 26. d. n. M., Nr. 43, die Verwaltung Münchhöf davon in Kenntniß, und bemerkte derselben am 22. Oct. 1817, Nr. 97, nachträglich, daß der Obervogt Waldschütz seine theilweis in Geld, theilweis in Naturalien und Nuzungen bestehende Besoldung von 2677 fl. 20 kr. wie bisher fort zu beziehen habe, der landesherrliche Beitrag von 669 fl. 28 kr. aber in die Kasse der Herrschaft Münchhöf zu verrechnen sei.

„Für die Folge," heißt es im Erlasse vom 22. Oct. 1817, „nämlich vom Monate Juni 1817 an, bezieht derselbe seine Besoldung mit Geld, Naturalien und Nutzungen wie bisher, nur werden ihm für die entgangenen Amts- und Amtsrevisoratssporteln, nach der unterm 9. Juni 1813 eingesandten Fassion, jährlich 100 fl. aufgebessert, welche derselbe in Quartalraten zu beziehen hat; wogegen der landesherrliche Beitrag mit 669 fl. 20 kr. in der herrschaftlichen Kasse einnähmlich zu verrechnen ist."

So blieb die Sache bis zum Jahre 1826, als der Großherzog Ludwig die Herrschaft Münchhöf übernahm.

Zu dieser Zeit wurde der Obervogt Waldschütz in Pensionsstand versetzt, weshalb er sich wegen seines künftigen Pensionsbezugs unterm 15. Sept. 1826 an das großherzogl. Finanzministerium wandte, welches ihm unterm 14. Nov. 1826, Nr. 6872, erwiederte:

„daß nach einem zwischen dem großherzoglichen Aerar und der Renteiadministration Ihrer Hoheit der verwittweten Frau Markgräfin Friedrich zu Baden im Jahre 1817 zu Stande gekommenen Vertrag ein Viertel von seiner

Digitized by Google

Besoldung mit 669 fl. 20 kr. auf das Aerarium übernommen, und dieser Antheil vom 1. Juni 1813 an auf Rechnung der Staatskasse zur Zahlung angewiesen worden sei."

„Man wisse somit nicht zu erklären, was er mit seiner Eingabe habe bezwecken wollen, da jener ärarische Beitrag zu seinem Gehalte auf Anordnung des Finazministeriums vom 28. Juni 1825 auch ganz definitiv auf den Pensionsfond überwiesen und die Zahlung bis jetzt ungeschmälert fortgeleistet werde."

Bald darauf wurde aber zwischen dem Staat und der Standesherrschaft ein neuer Theilungsmaßstab verabredet, in der Art, daß der Staat für den Justiz- und Polizeidienst zwei Drittel und die Standesherrschaft für den Kammeraldienst nur noch ein Drittel der Pension zu bezahlen habe.

Zugleich wurde die Größe der Pension des Obervogts Waldschütz, welche man im Jahre 1817 auf den Grund einer Fassion desselben zu 2677 fl. 47 kr. annahm, einer Revision unterwerfen. Es wurden verschiedene, in der Fassion aufgenommene Emolumente, als zur Aufrechnung nicht geeignet, gestrichen und einige Naturalienbezüge in ihrem Anschlage ermäßigt, was zusammen eine Differenz von 673 fl. ausmachte, so daß die Pension von 2677 fl. 47 kr. auf 2004 fl. 47 kr. herabgesetzt, sofort dieser letztere Betrag zu zwei Drittel auf die Staatskasse und zu einem Drittel auf die Herrschaft Münchhöf zur Zahlung angewiesen ward.

Der Obervogt Waldschütz fand sich durch diese Ermäßigung seines Einkommens, welches ihm nach dem Reichsdeputationsrezeß ohne alle Schmälerung gebühre, beschwert, und nachdem er sich vergeblich mit seiner Reklamation an die Staatskasse und an die Standesherrschaft gewandt hatte, übergab er endlich bei dem Stadtamt Karlsruhe eine Klage gegen die gräflich von Langensteinsche Kuratel, als Rechtsnachfolgerin des Großherzogs Ludwig in der Herrschaft Münchhöf, und forderte von ihr die Zahlung seines gesammten Einkommens mit jährlichen 2677 fl. 20 kr., wie es in der frühern Fassion berechnet war, vom 23. April 1827 an, nebst den Verzugszinsen von dem Rückstande. Er berief sich hinsichtlich der Größe der Pension auf die längst anerkannte Fassion, und erklärte, daß er sich principaliter an die Gutsherrschaft, von der er angestellt wurde, und deren Verpflichtungen auch auf die jetzige Inhaberin übergegangen seien, halte und ihr überlasse, das Betreffniß des Staats von diesem sich ersetzen zu lassen.

Das Stadtamt verhandelte hierüber; die beklagte Kuratel anerkannte zwar, daß die Gutsherrschaft mit allen in dieser, wie in andrer Beziehung ihr obgelegenen Verbindlichkeiten auf die Grafen von Langenstein übergegangen sei, — sie widersprach aber sowohl der gutsherrlichen Verbindlichkeit, für das Ganze principaliter zu haften, als auch der Behauptung, daß die fragliche Fassion gegenüber dem Kläger anerkannt und für die Beklagte verbindlich sei. Es wurde auch über die einzelnen Posten der Fassion das Beweisverfahren eingeleitet, wobei der Kläger über viele derselben ohne weitere Beweisantretungen nur schriftliche Privatzeugnisse beibrachte.

Nach geschlossenen Verhandlungen gab das Stadtamt am 13. December 1836 das Erkenntniß:

„daß der Kläger mit seiner Klage abzuweisen und in die Kosten zu verfällen sei."

In den stadtamtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Die Besoldungsansprüche des Klägers sind nach dem Reichsdeputationshauptrezeß von 1803 zu entscheiden, da der Kläger ein in Folge dieses Staatsvertrags übernommener Staatsdiener ist."

„Der §. 59 dieses Reichshauptschlusses versichert den Dienern der säcularisirten geistlichen Regenten den unabgekürzten lebenslänglichen Fortgenuß ihres ganzen Gehaltes und ihrer rechtmäßigen Emolumente, oder, wo diese wegfallen, eine dafür zu regulirende Vergütung, mit dem Anfügen, daß sie sich dafür nach Gutbefinden des neuen Landesherrn auch an einem andern Orte und in andern Dienstverhältnissen gebrauchen und anstellen lassen müssen."

„Wenn schon nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen kein Widerspruch darüber besteht, daß den Staatsdienern für ihre Besoldungsansprüche kein dingliches Recht an den Grundeigenthümer des Bezirks zusteht, in welchem ihre Anstellung Statt findet; so läßt obige Fassung des Reichsschlusses gar keinen Zweifel zu, daß die übernommenen Staatsdiener ihre reichsdeputationsschlußmäßigen Gehaltsforderungen nicht schlechthin an die Gutsherrschaft fordern können, wohl aber, daß sie befugt sind, von dem Landesherrn die Garantie ihres Einkommens zu verlangen."

„Der Landesherr ist verbunden, ihnen den erforderlichen Schutz angedeihen zu lassen, und diejenigen Kassen zur Zahlung anzuhalten, denen vermöge der Gesetzgebung des Landes die Zahlung zu leisten obliegt."

„Nach der Gesetzgebung des Großherzogthums liegt aber die Salarirung der Justiz- und Polizeibeamten lediglich demjenigen ob, welcher die Jurisdiction ausübt, und die Grund- oder Gutsherrschaft, als solche, hat nur diejenigen Beamten zu bezahlen, welche die grundherrlichen Renteigefälle administriren."

„Insbesondere ist hinsichtlich der standes- und grundherrlichen Beamten das höchste Edict vom 14. Mai 1813, Regierungsblatt Nr. 15 maßgebend, welches in den §§. 1, 4, 5 und 6 verordnet, daß die Verwaltung der Justiz-, Polizei- und Regierungssachen mit Vortheil und Lasten an den Staat übergehen, die reinen Justiz- und Polizeibediensteten sofort vom Staate übernommen, hinsichtlich der gemischten, d. h. derjenigen, die auch die Renteigeschäfte

Digitized by Google

zu besorgen hatten, eine Uebereinkunft zwischen dem Staate und der Grundherrschaft Statt finden, und eben so auch der Antheil, welchen der Staat wegen der Gerichtsbarkeitslasten zu übernehmen hat, nach billiger Uebereinkunft regulirt werden sollen."

„Hiernach ist es klar, daß vom 1. Juni 1813 an der Staat diejenige Quote an dem Diensteinkommen des Klägers zu übernehmen hatte, welche für den Antheil der Justiz- und Polizeifunktionen zu berechnen ist, und daß die Grundherrschaft nur noch die auf dir Renteigeschäfte fallende Quote zu bestreiten hat, daß mithin der Kläger auch nur nach diesem Maßstabe seine Forderung gegen Staat und Grundherrschaft geltend zu machen befugt ist."

„Wenn demungeachtet der Kläger auch noch später und bis zum Jahre 1827 sein ganzes Einkommen von der Grundherrschaft bezog, und wenn sich die Grundherrschaft dafür eine Entschädigung vom Staate bezahlen ließ, so beruht dieses auf einer freiwilligen, zwischen dem Staate und der Grundherrschaft Statt gehabten Uebereinkunft, welche ohne Zweifel darin ihren Grund hatte, weil das Einkommen des Klägers nur zu einem geringen Theil aus baarer Geldbesoldung, und fast ganz aus Naturalgenüssen bestand, die sich füglich nicht theilen ließen, weshalb für angemessen gehalten wurde, ihm diese Naturalbezüge zu belassen, und dafür die Grundherrschaft aus der Staatskasse zu entschädigen."

„Nachdem nunmehr aber durch die Pensionirung die Naturalbezüge von selbst wegfallen, und an deren Stelle die geeigneten Vergütungen in Geld treten, so steht der Theilung der nunmehrigen Geldbesoldung kein weiteres Hinderniß entgegen, und der Kläger kann sich nicht weigern, den Besoldungsantheil für seine vormaligen Justiz- und Polizeifunktionen von der Staatskasse unmittelbar in Empfang zu nehmen, wie dies dem Wortlaute und Geiste des Edictes vom 14. Mai 1813 angemessen ist."

„Man wende nicht ein, daß die von der Grundherrschaft seither erfolgte unmittelbare Bestreitung des ganzen Diensteinkommens des Klägers ein Anerkenntniß nach L. R. S. 1338, 2 dafür enthalte, daß sie für den ganzen Betrag der Besoldung principaliter tenent seie, ein solches Anerkenntniß würde nach S. 1338 a. nur dann gefolgert werden können, wenn die Grundherrschaft auf ihr Recht der gesetzlichen Theilung verzichtet, oder die Absicht eines solchen Verzichts erklärt hätte, welches jedoch niemals geschehen ist."

„Der Kläger muß daher mit seinem Antrage, in so fern er dahin geht, die beklagte Langenstein'sche Kuratel *principaliter* zur Zahlung seines ganzen Gehaltes anzuhalten, lediglich zurückgewiesen werden, und da er gegen den im Jahre 1826 beliebten Theilungsmaßstab zu zwei Drittheilen und einem Drittheil an und für sich nichts eingewendet hat, so ist die Grundherrschaft ihm auch weiter nichts zu zahlen schuldig, als dasjenige Drittheil, welches für den Antheil der Renteigeschäfte angenommen worden ist."

„Dagegen hat er sein reichsschlußmäßiges Einkommen, und also auch das von der Grundherrschaft zu zahlende Drittheil, ohne alle Schmälerung anzusprechen, und es ist daher noch die weitere Frage zu untersuchen, ob er sich die Moderation seiner Fassion auf die Summe von 2001 fl. 47 kr. gefallen lassen muß, oder die von ihm berechneten 2677 fl. 20 kr. fordern darf."

„Da der beklagte Theil jeden weitern, als den von ihm anerkannten Betrag widerspricht, so hat der Kläger die Rechtmäßigkeit der von ihm in Anforderung gebrachten Bezüge zu beweisen."

„Die Berufung auf das im Jahre 1817 erfolgte Anerkenntniß der Besoldungsfassion, welche der Kläger nach dem Edict vom 14. Mai 1813 gefertigt hat, kann ihm aber als Beweismittel nicht dienen."

„Jenes Anerkenntniß hatte lediglich zwischen dem Staate und der Grundherrschaft Statt gefunden, um die Entschädigung zu bestimmen, welche die Staatskasse an die grundherrliche Renteikasse leisten sollte."

„Für den Kläger ist dieses eine res inter alios acta, ihm gegenüber ist kein Anerkenntniß geschehen, am wenigsten von der Grundherrschaft, die ihn in dem Naturalgenuß seiner Besoldungstheile beließ und über eine Geldvergütung (mit Ausschluß der Jurisdictionsgefälle) mit ihm nicht übereinkam."

Hierauf durchgeht das Stadtamt noch die einzelnen Posten der Fassion, und weist nach, wo der Beweis des Bezugs sowohl als des Ansatzes geführt, und wo er nur unvollständig oder gar nicht geführt sei.

Sodann schließen die Entscheidungsgründe mit folgendem:

„Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß der Kläger zwar der Qualität nach den größten Theil seiner Besoldungsbezüge rechtsgenügend nachgewiesen, daß er aber hinsichtlich der Preisbestimmung nicht weiter als für die Summe von 781 fl. 44 kr. *) in derjenigen Beweisform

*) Darauf, hinsichtlich welcher Summe im Allgemeinen der Beweis hergestellt sei, dürfte es wohl nicht ankommen, da der Streit sich nicht um die ganze Summe von 2677 fl. 47 kr., sondern nur um diejenigen darunter begriffenen Posten dreht, welche im Jahre 1827 im Gesammtbetrag von 673 fl. gestrichen oder an einzelnen Ansätzen ermäßigt wurden.

Die übrigen, bei der Revision der Fassion noch anerkannten 2001 fl. 47 kr. sind kein Gegenstand des Prozesses; die unter dieser Summe begriffenen Posten dürfen mit dem Gestrichenen nicht verwechselt werden, d. h. man dürfte die Forderung eines etwa erwiesenen, unter den gestrichenen 673 fl. begriffenen Postens nicht

Digitized by Google

liquid hergestellt hat, wie dieses vor dem Richter prozeßordnungsmäßig geschehen soll und muß."

„Da nun aber die beklagte gräflich von Langenstein'sche Kuratel nicht nur obige 781 fl. 44 kr., sondern 2004 fl. 47 kr. anerkennt, und hieran das ihr obliegende Drittheil unweigerlich an den Kläger bezahlt, so muß der Kläger mit seiner Klage lediglich abgewiesen und als unterliegender Theil in die Kosten verurtheilt werden."

Anmerkung der Redaktion. Ich hebe hier nur die beiden Hauptfragen heraus:

I. Kann die beklagte gräflich von Langenstein'sche Kuratel auf Auszahlung der ganzen Pension, oder auf wie viel belangt werden? (Passivlegitimation zur Sache.) —

II. Ist die Forderung an sich (hinsichtlich der bestrittenen 673 fl.) durch die vorliegenden Anerkenntnisse von 1817 im Ganzen erwiesen?

(Die eventuelle Erörterung der unter diesen 673 fl. begriffenen einzelnen Posten, sofern man nicht die Gesammtsumme als durch die Anerkenntnisse erwiesen annimmt, liegt außer dem Zwecke des gegenwärtigen Aufsatzes.)

Zu I. — Die Abtei Salem (Salmannsweiler), wozu Münchhöf gehörte, wurde durch den Reichsdeputationsrezeß vom 25. Februar 1803, §. 5, dem Markgrafen von Baden, und erst von diesem dann als mediatisirtes Land den badischen Prinzen, die später den Titel „Markgrafen" erhielten, zugewiesen.

Nach dem §. 59 des Reichsdeputationsrezesses unterliegt es nun keinem Zweifel, daß damals mit Aufhebung der Abtei Salem der Kläger, da der Abt ihn nicht in seinem persönlichen Dienste behielt, das Recht erlangte, vom neuen Landesherrn den lebenslänglichen Fortgenuß seiner vollen Besoldung mit Emolumenten zu fordern, der neue Landesherr mochte ihn im Dienst behalten oder nicht.

Würde es sich nun hier um eine Klage auf das Ganze gegen den Fiskus handeln, so wäre zu untersuchen, ob der Kläger dadurch, daß er in die Dienste der Prinzen, welchen der neue Landesherr die Herrschaft Münchhöf abtrat, überging, nach S. 1275 den Fiskus als den überweisenden Schuldner befreite, ob er sich also jetzt auf den Grund des Reichsdeputationsrezesses nicht mehr an den Fiscus halten könne, und dies nur noch in so weit Statt finde, als er aus einem späteren Rechtstitel, nämlich aus dem Edict vom 14. Mai 1813, wieder neue Ansprüche gegen den Fiscus erwarb?

Die Beantwortung dieser Frage ist aber ohne Einfluß auf die weitere Frage, ob der Kläger sich auch an die Gutsherrschaft, an die Prinzen oder deren Rechtsfolger halten könne? — Der Fiscus hat zur Erfüllung seiner aus dem Reichsdeputationsrezeß hervorgegangenen Verbindlichkeit gegen den Kläger diesen faktisch an die Gutsherrschaft angewiesen. Wenn nun auch der Kläger den Fiskus von dieser Verbindlichkeit nach S. 1275 noch nicht befreite, so kann er nichts desto weniger seine Rechte auch gegen den ihm überwiesenen Schuldner eben so geltend machen, wie wenn kein Rückgriffsrecht auf den überweisenden Schuldner bestünde.

Dadurch, daß die Gutsherrschaft mit der Uebernahme der Herrschaft Münchhöf auch den Kläger als ihren Beamten ohne Vorbehalt übernahm, trat sie nämlich gegen ihn (unbeschadet seiner Rückgriffsrechte gegen den Fiscus) in dieselben Verbindlichkeiten ein, welche der frühern Herrschaft oblagen. Diese Uebernahme des Klägers von Seiten der Prinzen, als Gutsherren, begründete für diese die nämliche Verbindlichkeit, wie wenn sie ihn selbst erst angestellt hätten.

Wenn es sich daher fragt, in wie weit die Klage auch gegen die Gutsherrschaft Statt habe, ist nicht mehr der Reichsdeputationsrezeß maßgebend, sondern der spätere Akt, durch welchen die Prinzen bei der Uebernahme der Gutsherrschaft auch den Kläger mit seiner frühern Besoldung in ihre Dienste übernommen haben.

Die aus diesem Akte hervorgegangene Verpflichtung der Gutsherrschaft betrifft nun aber zuverläßig das Ganze und nicht bloß einen Theil des klägerischen Gehalts, und es fragt sich nur, ob und wie weit dieselbe durch das Edict vom 14. Mai 1813 wieder aufgehoben, beziehungsweise wegen Aufhebung der gutsherrlichen Jurisdiction und Polizei auf den Staat übergegangen sei?

In dieser Beziehung mag man nun sagen: das Edict vom 14. Mai 1813, wodurch der Staat den Gutsherren die Jurisdiction und Polizei abgenommen hat, sei in Bezug auf die damaligen Patrimonialbeamten eine res inter alios acta, könne also nach L. R. S. 1165 gegen sie nicht wirken, ihnen von ihren Rechten gegen die Gutsherren nichts entziehen, und sie nicht nöthigen, ganz oder theilweis einen andern Schuldner anzunehmen.

Dies wäre auch richtig, wenn jenes Edict von 1813 nur einen Uebernahmsvertrag zwischen dem Staat und den Gutsherren, also ein Rechtsgeschäft enthielte, bei welchem der erwähnte privatrechtliche Grundsatz (L. R. S. 1165) Anwendung fände.

---

deswegen verwerfen, weil unter den anerkannten 2004 fl. 47 kr. sich ebenfalls Posten befinden, hinsichtlich deren kein voller Beweis vorläge, weil also im Ganzen jedenfalls nicht für mehr als 2004 fl. 47 kr. ein voller Beweis hergestellt sei. D. R.

Digitized by Google

Allein jenes Edict ist kein Privatrechtsgeschäft, sondern ein Gesetz, welches, so weit der Inhalt seiner Verfügungen geht, nicht blos für den Staat und die Patrimonialherren, sondern auch für Dritte maßgebend ist, und selbst gegen diese sowohl Rechte als Verbindlichkeiten erzeugen kann.

Ist nun im §. 1 des Edicts gesagt, daß mit dem 1. Juni 1813 die Verwaltung aller Justiz und Polizei mit Vortheil und Lasten an den Staat übergehe, — und im §. 4, daß die Justiz- und Polizeibediensteten mit jenem Tag in die Dienste des Staats übergehen und ihres Eides gegen ihren bisherigen Patrimonialherrn entbunden werden, — so hat das Edict mit dieser Verpflichtung der Bediensteten gegen ihre Herrschaften wohl auch die Verbindlichkeiten der Letztern gegen ihre Bediensteten vernichtet.

Nach §. 5 des Edicts mag man diesen Grundsatz auch bei den zugleich zu Renteigeschäften angestellten Dienern hinsichtlich des auf ihre Justiz- und Polizeigeschäfte fallenden Theils ihrer Besoldung annehmen, jedoch nur in so fern ein solcher Diener die beiderseitigen Geschäfte beibehielt, oder damals sogleich, ehe er von dem einen oder andern Theil ausschließlich übernommen wurde, in Ruhestand versetzt worden ist. —

Es ist aber in dem erwähnten §. 5 eine Uebereinkunft, wornach der Diener einem der beiden Theile allein zufallen soll, ausdrücklich vorbehalten, — und wo eine solche Uebereinkunft Statt fand, konnte der Diener, sofern nicht etwa die Uebereinkunft etwas Anderes festsetzte, sich wohl ohne Zweifel für den ganzen Betrag der Besoldung an denjenigen halten, in dessen ausschließlichen Dienst er übereging oder verblieb. Wenigstens liegt in dem Edicte durchaus nichts, was es rechtfertigen könnte, daß der Diener, welcher in Folge einer solchen Uebereinkunft bei der Gutsherrschaft blieb und in ihren ausschließlichen Dienst kam, gleichwohl im Allgemeinen nicht den ganzen Gehalt von ihr sollte fordern können. Die Gutsherrschaft mag, wenn keine andere Verabredung besteht, die Abfindung, die etwa der Staat bezahlt, für sich erheben, hat aber den Beamten, der in ihrem alleinigen Dienste bleibt, hinsichtlich des ganzen Betrags seiner Besoldung zu befriedigen.

Eine entgegengesetzte Uebereinkunft liegt nun hier nicht vor, vielmehr hat die Gutsherrschaft in ihrem Rescripte vom 22. October 1817 Nr. 97 dem Kläger noch ausdrücklich erklärt, daß er sein ganzes Einkommen wie bisher von ihr zu beziehen und dagegen den Staatsbeitrag von 669 fl. 20 kr. der Grundherrschaft als Vergütung in Einnahme zu verrechnen habe.

Hiernach scheint mir die vorliegende Klage gegen die Gutsherrschaft allerdings statthaft zu seyn, und der Umstand, daß der klägerische Anspruch nicht mit Pfandrecht auf dem Gute haftet, ist hier unerheblich, da die jetzigen Inhaber (so wie ihr unmittelbarer Vorfahrer) die Gutsherrschaft Münchhöf mit allen gutsherrlichen Rechten und Verbindlichkeiten, namentlich also auch mit den von ihren Vorfahrern gegen den Kläger eingegangenen Verbindlichkeiten, übernommen haben.

Ich bemerke nun noch Einiges

zu II. — über die, auf die klägerische Forderung an und für sich bezügliche Frage, ob die Größe des Diensteinkommens durch die Anerkenntnisse der Fassion von 1817 als erwiesen zu betrachten sei?

Nach dem §. 59 des Reichsdeputationsrezesses und nach dem eigenen Zugeständnisse des beklagten Theils hat der Kläger seinen ganzen, schon vor dem 1. August 1802 besessenen Gehalt sammt rechtmäßigen Emolumenten lebenslänglich anzusprechen.

Eben so gewiß ist aber auch, daß er zur Begründung seiner Ansprüche den Beweis zu führen hat, welche Besoldungstheile und Emolumente er schon vor dem 1. August 1802 rechtmäßig bezogen hat, und welchen Werth die darunter begriffenen einzelnen Naturalien und Nutzungen hatten.

Hinsichtlich der letztern ist ein nach dem Reichsdeputationsrezeß übernommener Diener allerdings nicht schuldig, sich an die später regulirten Kammeralanschläge zu halten. Der §. 9 Nr. 2 der Dienerpragmatik vom 30. Januar 1819 kann zu seinem Nachtheil nach §. 19 auf ihn nicht angewandt werden. Er hat zu fordern, was er als den wahren Werth seiner schon vor dem 1. August 1802 gehabten Nutzungen und bezogenen Naturalien nachweist.

Es fragt sich aber nun, ob der Kläger durch die Anerkenntnisse seiner Fassion von 1817 dieser Nachweisung sowohl der einzelnen Genüsse an sich, als auch des Werths derselben entboben sei, oder mit andern Worten, ob jene Anerkenntnisse ihm als Beweis hiefür gelten? —

Hat der beklagte Theil die vom Kläger aufgestellte Fassion, worin die einzelnen Bezüge mit deren Anschlag aufgeführt sind, welche also den Inhalt des ursprünglichen Rechtstitels eigens enthält, anerkannt, so gilt dieses Anerkenntniß nach L. R. S. 1337 dem Kläger statt Beweises und er ist zur Vorlage der ursprünglichen Rechtsurkunde nicht verbunden, wenn gleich übrigens der beklagte Theil nach L. R. S. 1109 etwa zum Gegenbeweis einen dem Anerkenntnisse zu Grunde liegenden Irrthum darthun könnte.

Wäre nun die Klage gegen den Fiskus gerichtet, so möchte man allerwenigstens in dem Erlasse des Finanzministeriums vom 14. Nov. 1826 ein den Kläger von

Digitized by Google

weiterem Beweise befreiendes Anerkenntniß finden, daß ein Viertel des klägerischen Diensteinkommens 669 fl. 20 kr., das ganze Diensteinkommen also 2677 fl. 20 kr. beteage. Das Finanzministerium erklärt nämlich dort auf eine Vorstellung des Klägees, diesem gegenüber, daß es den auf den Staat fallenden Antheil seiner Besoldung in dem angegebenen Betrage, wie er im Jahre 1817 in dem mit dee Gutsherrschaft abgeschlossenen Vertrag (auf den Grund dee klägerischen Fassion) angenommen wurde, schon unterm 28. Juni 1825, ganz definitiv „auf den Pensionsfond angewiesen habe."

Dasselbe anerkennt also damit auch gegenüber dem Kläger, und um ihn hinsichtlich seinee Pensionsansprüche zu beruhigen, die Größe eben dieser Ansprüche.

Dieser Finanzministeeialerlaß vom 14. Nov. 1826 kann aber im vorliegenden Streite, gegenübee der beklagten Gutsherrschaft, keine Beweiskraft haben, und hier ist nur das, was von der Gutsherrschaft selbst hereührt, entscheidend.

Nun hat zwar die Gutsheerschaft im Jahre 1817 die vom Kläger übergebene Fassion anerkannt, indem sie dieselbe dem mit dem Staat über dessen Besoldungsbeitrag abgeschlossenen Vertrag zu Grunde legte; allein man kann behaupten, dieser Vertrag, als untee Dritten geschlossen, könne nach L. R. S. 1165 dem Kläger nicht nützen. Es ist dies auch, so weit der Vertrag blos das Beiteagsverhältniß des Staats bestimmt, unbestreitbae; es fragt sich aber, ob der Kläger wirklich als ein Dritter zu betrachten sei, in so weit es sich in dem Vertrag nicht blos um die Verhältnißzahl, nach welcher der Staat beizutragen hat, sondeen zugleich um Feststellung der Summe handelt.

Es fragt sich nämlich, ob die Feststellung der Summe wirklich nur zue Ermittlung dessen, was der Staat dee Gutsherrschaft beizusteuern habe, odee auch im Interesse des Klägers geschah, um nämlich seine Besoldungs- und künftigen Pensionsansprüche damit zu reguliren?

Aus dee obigen Daestellung ist nicht ersichtlich, auf welche Veranlassung und mit welcher Erklärung dee Kläger am 9. Juni 1813 seine Fassion vorgelegt habe. Ohne Zweifel geschah dies aber in Folge des Edicts vom 14. Mai 1813, um die im §. 5 vorgesehene Uebereinkunft zu Stande zu bringen. Es ist nämlich, wie schon oben bemerkt wurde, in jenem §. 5 wegen Uebernahme gemischter Dienee in den ausschließlichen Dienst des Staats odee des Gutsheern eine Uebereinkunft in Aussicht gestellt, welche nicht blos zwischen dem Staat und dem Gutsherrn, sondern zwischen dem Staat, dem Dienee und der Gutsheeeschaft zu Stande kommen soll.

Auch der Diener war nämlich bei einer solchen Uebereinkunft immer betheiligt, nicht blos wegen seines künftigen Geschäftskreises, sondern auch, daß dabei seine Besoldungsanspeüche (mit den davon abhängigen deeeinstigen Pensionsanspeüchen) sicher gestellt werden.

Die bei einer solchen Uebereinkunft erfolgten Anerkenntnisse der Einkommensfassion müssen daher auch zu Gunsten des Dieners Wirksamkeit haben.

In diesem Sinne wird nun der Kläger die Entstehung und den Zweck dee Fassion und der darauf gepflogenen Unteehandlung näher nachzuweisen haben.

Außee dem angedeutteten §. 5 des Edicts von 1813 spricht übrigens auch der Umstand, daß die Uebereinkunft duech das Keeisdirectorium dem Kläger eröffnet und er zum Empfange des Staatszuschusses unmittelbar an die Staatskasse angewiesen wurde, sowie der weitere Umstand, daß ihm die Gutsherrschaft erst unterm 22. Oct. 1817 nachträglich eröffnete, daß er seine Naturalgenüsse fortbeziehen und den Staatsbeitrag der Gutsherrschaft in Einnahme veerechnen soll, dafür, daß das Uebeeeinkommen zunächst auch mit ihm, dem Kläger, abgeschlossen sei, und auch zu seinen Gunsten im oben erwähnten Sinne Wirksamkeit habe. D. R.

II.

Zur Erläuterung der §§. 7, 45 und 47 der Prozeßordnung.

Die erste Frage, welche man sich zur richtigen Auslegung des §. 45 beantworten muß, ist wohl die, ob die Prozeßordnung mit den Worten:

„Ausländer, welche keinen allgemeinen Gerichtsstand im Geoßherzogthum haben"

sagen wolle, daß in der Regel auch Ausländer einen allgemeinen Gerichtsstand im Großherzogthum haben, mithin nue ausnahmsweise für solche, welche keinen haben, eine Bestimmung übee besondere Gerichtsstände in den folgenden Paeageaphen geteoffen werden mußte; oder ob jene angeführten Worte etwa dahin auszulegen seien, als veestehe es sich von Ausländeen von selbst, daß sie keinen allgemeinen Gerichtsstand im Großherzogthum haben, so daß denn die Woete: „welche keinen" ꝛc. ꝛc. als verba enuntiativa zu nehmen wären? — Ich glaube das Erstere.

Gegen diese letztere Auslegung, wonach der allgemeine Gerichtsstand im Großherzogthume an die persönliche Eigenschaft des Inländers als solchen geknüpft wäre, sprechen einmal schon von Weilers Motive, wo es heißt: selbst da, wo Ausländer gegen Ausländee klagen, ist ihnen die Rechtshülfe nicht zu versagen, wenn andees sie durch den Wohnsitz, Aufenthalt, oder durch ein im Lande vorgegangenes Rechtsgeschäft den Gerichtsstand

Digitized by Google

begründet haben. Sodann abee hat auch die Prozeßordnung Schwierigkeiten, die durch allzusteenge Auslegung des Wortes: Wohnsitz etwa erhoben werden könnten, im Voraus dadurch beseitiget, daß sie im §. 7 auch dem Aufenthalte an einem Oete die Kraft einen Geeichtsstand zu begründen eetheilte, und dieser Gerichtsstand des Aufenthaltsortes paßt schon, den wörtlichen Bestimmungen unseeer Gesetze nach, für Ausländer so gut als für Inländer, da den eesteeen unseee Verfassung namentlich das Recht voeübeegehenden Aufenthaltes gestattet.

Vergl. den ganzen §. 4 des sechsten Konstitutionsedicts.

Es scheint zwar nichts destoweniger bei der Entscheidung eines in Hohnhorsts Jahrbüchern 1834 S. 288 mitgetheilten (angeblich nach neuem Peozeßrechte entschiedenen) Falles in beiden höheren Instanzen die Ansicht geherrscht zu haben, entweder als habe ein im Inlande versterbender Ausländee gar keinen allgemeinen Gerichtsstand in seinem letzten Aufenthaltsorte, oder als unterliege dieser allgemeine Gerichtsstand wenigstens denjenigen Beschränkungen, welche das sechste Konstitutionsedict im §. 2 füe den Gerichtsstaud der Ausländer festsetzte. Allein es finden sich in den angefüheten Jahrbüchern keine Gründe gegen die Anwendung des §. 7 der neuen Peozeßordnung auf Ausländer; wenn man aber einmal einen allgemeinen Gerichtsstand auch für Ausländer in der Prozeßordnung anerkannt findet, dann darf man gewiß keineelei im früheren Rechte enthaltene Beschränkungen in das System der neuen Prozeßordnung überteagen, da dieselbe bestimmt ist, ein durchgehends neues Prozeßecht zu schaffen, innerlich zusammenhängend und vollständig, mithin hier die Auslegungsregel des L. R. S. 6c. nicht paßt.

Doch ich kehre noch einmal zue Hauptfrage zueück. Nicht nur der Wortlaut des Konstitutionsedikts rechtfeetiget die Anwendung des Gerichtsstandes des Aufenthaltsortes auf Ausländer, sondern wenn dies auch nicht wäee würde man diese Anwendung der Natue der Sache nach gewiß ganz paßlich finden müssen. Denn was ist unter dem Gerichtsstand des Aufenthaltsoetes zu verstehen? Derselbe liegt ohne Zweifel in der Mitte zwischen dem Geeichtsstande des augenblicklichen Betroffenwerdens (man denke an einen Durcheeisenden) im Sinne des §. 47 der Prozeßordnung, und dem Gerichtsstande des Wohnsitzes. Wenn der letztere gewiß nichts andeees seyn soll, als das forum domicilii im bieherigen gemeinrechtlichen Sinne, so wird man unter dem Gerichtsstande des Aufenthaltsortes z. B. das Untergericht desjenigen Ortes zu veestehen haben, an welchem sich Jemand nur füe einige Zeit aufhält, ohne sein eigentliches Domicil, wo Haus und Hof und bleibendes Gewerbe den Gerichtsstand des Wohnsitzes begründet, aufgeben zu wollen; sei es zum Vergnügen, zur Gesundheit oder eines Erwerbes wegen (man denke an Holzhändler, Schiffer, Zahnärzte, Kaufleute auf Messen, gastirende dramatische oder Tonkünstler). Mit andern Worten: der Gerichtsstand des Aufenthaltsoetes ist da, wohin man nur zeitweise, für einen mehr oder minder bestimmten Zeitraum, nue aber nicht für immer, den Mittelpunkt seines Lebens und Verkehres, letzteren namentlich nicht in seinem ganzen Umfange, sondern nur gewisse Arten von Geschäften übertragen hat. Der Aufenthalt ist ein Minus des Wohnsitzes; die Grenze zwischen beiden läßt sich aber nicht schaef bestimmen. Der Aufenthaltsort soll überall die Stelle des Wohnsitzes vertreten, wo es schwierig scheint, einen Wohnsitz im strengeren Sinne nachzuweisen. Denn ein Jeder soll einen allgemeinen Gerichtsstand haben. Vergl. Zachariä französisches Civilrecht. §. 141, Beispiele gibt *Merlin* mot. *domicile*.

Unläugbar wird nun bei Ausländern sehr häufig, wenn sie nicht gerade auf einer flüchtigen Durchreise begriffen sind, wenigstens ein temporäree Aufenthalt (residence) im Geoßherzogthume sich nachweisen lassen, und dann steht gewiß nichts einer Anwendung des §. 7 der Prozeßordordnung im Wege.

Auch nach französischem Rechte vertritt, namentlich für Ausländer, der Aufenthalt (residence) den Wohnsitz (domicile) in processualischer Bedeutung (im Gegensatz des politischen Wohnsitzes); die Eigenschaft eines Ausländers ist in dieser Hinsicht durchaus gleichgültig.

Vergl. *Merlin* im Repertoire und in den Questions de droit unter d. W. domicile.

Wenn nun diese Ansicht keineswegs in besondeen Bestimmungen des französischen Code de procedure, sondern in dee Auslegung ihren Grund hat, die man den Bestimmungen des allgemeinen büegerlichen Gesetzbuches gibt; wenn feener dasselbe Gesetzbuch auch das unsere ist, und die Prozeßordnung in diesee Lehre keinerlei Abweichung vom Landrecht, wie sie sonst zu thun pflegt, angedeutet hat, so wied die Autorität der feanzösischen Jurisprudence auch für uns von Bedeutung seyn.

So viel zue Beantwoetung der vorangestellten Frage; einige weitere Bemerkungen düesten anhangsweise Platz finden.

Man wird den §. 7 dee Prozeßordnung nicht so zu verstehen haben, als ob in dee Regel jeder nur einen geneeellen Gerichtsstand an dem Orte seiner Hauptniederlassung in dem Großherzogthume haben könnte. So wie man mehrere Arten des Wohnsitzes unteescheidet, einen politischen z. B., einen bürgeelichen u. s. w.

Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts §. 141, deitte Ausgabe.

Ebenso wird man mehrere bürgerliche Wohnsitze, mehrere Geeichtsstände des Wohnsitzes oder Aufenthaltes neben einander in der Weise anerkennen dürfen, daß deren Competenz sich objectiv da nach bestimmt, für welchen Zweig seines Veekehres, für welchen Kreis seines gewerblichen und Geschäftslebens der Beklagte einen jeden seiner

Digitized by Google

Aufenthaltsorte oder Wohnsitze zum Mittelpunkt gemacht habe. Denn nur darum eignet sich der Wohnort eines Menschen zu seinem allgemeinen Gerichtsstande, weil und in wie fern er dahin den Mittelpunkt seines gesammten bürgerlichen und Geschäftslebens eingerichtet hat, so daß daselbst, auch bei einer momentanen Abwesenheit des physischen Menschen, dennoch dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit als gegenwärtig gedacht werden darf.

Unter diesen Gesichtspunkt pflegen aber bei den meisten Menschen mehrere verschiedene Orte, aber in verschiedener Beziehung, zu fallen, und alsdann muß wohl das Wesen des geltend zu machenden Anspruches den Gerichtsstand des Beklagten bestimmen, da nur mit dieser Rücksicht der ratio legis Genüge geschieht. In dem besondern Falle der geführten Verwaltung durch Einführung eines eigenen Gerichtsstandes hat das Gesetz ausdrücklich die Richtigkeit derartiger Unterscheidung anerkannt; mit gleichem Grunde und Rechte wird aber der Ausleger des Rechtes weiter unterscheiden, und wenn z. B. der Beklagte außerhalb des Wohnortes seiner Familie ein bestimmtes Geschäft betreibt, eine Fabrik besitzt, oder ein Nebenetablissement gegründet hat*), aus allen hierfür betriebenen Geschäften die Klage auch an dem Orte zulassen, wo die Geschäftsniederlassung ist. Vergl. Code de procedure, Art. 69, Nr. 6.

Ein auf diese Weise verstandener allgemeiner oder vielmehr genereller Gerichtsstand des Wohnortes oder Aufenthaltes dürfte den in unsere Proceßordnung nicht aufgenommenen Gerichtsstand des abgeschlossenen Geschäftes (forum contractus), welcher sonst nur schwer entbehrt werden möchte, ersetzen. Vergl. Mühlenbruch über das forum contractus im Archiv für Civilpraxis XIX. Bandes drittes Heft

Besonders im Verkehr mit den im Großherzogthum sich so zahlreich aufhaltenden Ausländern würde, da die Proceßordnung kein forum contractus anerkennt, gar leicht eine Rechtlosigkeit eintreten, wenn man keinen allgemeinen Gerichtsstand derselben im Großherzogthume annehmen wollte. Denn den besondern Gerichtsstand des §. 47 der Proceßordnung (Gerichtsstand der Betretung) kann der böswillige Schuldner vermöge der geographischen Beschaffenheit des Großherzogthumes nur zu leicht vermeiden; in welchem Falle dann der allgemeine Gerichtsstand seines bisherigen Aufenthaltes wenigstens dadurch Rechtshülfe gewährt, daß man gegen den flüchtigen Schuldner in contumaciam, und, falls noch Executionsmittel vorhanden sind, mit Nutzen, verfahren kann. Man wende nicht ein, daß zu diesem Zwecke das forum arresti gegeben sei; es kann der Fall so beschaffen seyn (wie er sich wirklich ereignete), daß nur durch ein Urtheil des badischen Richters in der Hauptsache im Auslande befindliche Executionsmittel benutzt werden können. Z. B. A. hielt sich eine Zeit lang in Großherzogthume auf; entwich mit Hinterlassung vieler Schulden über die Grenze und entfernte sich, man weiß nicht wohin, vielleicht nach Amerika. A. hatte eine Forderung in einem Nachbarstaate, nach dessen Rechten aber nicht mit einem, hierauf zu Gunsten des badischen Gläubigers zu erwirkenden Arreste ein Gerichtsstand in der Hauptsache erlangt werden konnte. Wo war nun ein Erkenntniß in der Hauptsache zu erwirken, ohne welches auch der Arrest nicht definitiv gerechtfertigt werden konnte? — Der badische Richter des letzten bekannten Aufenthaltes dieses Ausländers hielt sich für competent, und gewiß mit Recht. Denn der Gerichtsstand des Aufenthaltes ist bei weitem mehr als der der Betretung (§. 47). Der letzte bekannte Wohnsitz oder Aufenthalt einer Person vertritt die Stelle des wahren und unbekannten Wohnsitzes; und so wie es jedem gestattet ist, seinen Wohnsitz und damit seinen Gerichtsstand willkührlich zu verändern, so darf dies andererseits doch nicht dazu mißbraucht werden, sich der Rechtsverfolgung seiner Gläubiger betrügerisch zu entziehen. Vergl. Zachariä, Handbuch §. 144 ad Note 5 und 8. Nur wenn man hieran festhält, kann ein forum contractus entbehrt werden.

Was unter dem Gerichtsstande des Aufenthaltsortes zu verstehen sei, ist oben schon angedeutet. Scharfe Grenzbestimmung der Begriffe ist hier nicht thunlich. Besonders practischwichtig wird es seyn, den Gerichtsstand des Aufenthaltes von dem des Betretenwerdens zu unterscheiden; da der letztere nur für bestimmte Ansprüche (§. 47 „im Großherzogthume entstanden oder da zu erfüllen") zulässig seyn soll. Lediglich nach der Dauer der Zeit, während deren ein Ausländer den badischen Boden betritt, hier unterscheiden zu wollen, wäre allzu plump. Man beschränke das vernünftige Ermessen des Richters hier nicht (vergl. Zachariä, Handbuch §. 143 Note 10), und dieser erwäge im einzelnen Falle, ob man vernünftiger Weise dem Beklagten, nach der Dauer seines Aufenthaltes (§. 45 der Prozeßordnung, vergl. mit §. 7) und nach der Beschaffenheit der gegen ihn geltend zu machenden Forderung, beides zusammengenommen, zumuthen dürfe, sich im Großherzogthume darauf einzulassen; sie dort zu erfüllen (§. 47 der Prozeßordnung). Zum Beispiel gegen einen zu seinem Vergnügen in Baden (der Stadt) anwesenden Ausländer wird man nicht bei dem dortigen Untergericht jede auswärts irgend wie entstandene Forderung geltend machen können, so lange man voraussetzen darf, daß er seinen anderweiten Wohnort keineswegs aufgegeben habe. Dagegen setze man den Fall, daß ein solcher Badegast auf seiner Reise in einem Nachbarstaate, wo er ebenfalls Ausländer ist, etwas zur Bequemlichkeit seiner Reise Gehöriges gekauft, oder daß er seine Zeche nicht bezahlt habe, oder etwas dergleichen; sollte man in einem solchen Falle nicht die Klage zulassen, wenn ihn der nacheilende Gläubiger in Baden belangt? Gewiß! denn eine solche Forderung hätte gleich erfüllt werden sollen, also ist sie auch wenigstens im Großherzogthume zu erfüllen. In majori continetur minus. — Dennoch erhoben sich Zweifel bei einem wirklichen Falle, als der Courier (Vorreiter) einer Herrschaft auf darmstädtischem Gebiete ein Pferd sollte zu Schaden geritten haben, und der nacheilende Eigenthümer bei einem badischen Gerichte Klage erheben wollte.

Dr. Muncke.

*) Z. B. es wohnt Jemand mit seiner Familie in Mannheim, besitzt aber eine Fabrik oder ein Handlungsetablissement im obern Schwarzwalde, welches er theils selbst besucht, theils durch Andere administriren läßt. Hier wird Brennmaterial zum Betriebe der Fabrik angekauft; auf eine Klage hieraus wird am letztern Orte Ladung erkannt werden dürfen, und die Insinuation in dem Etablissement zu geschehen haben.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 4. November 1837.

I.

Ueber die Bestimmung der Gehalte von Gemeinderechnern.

In der Stadt Karlsruhe verlangte der Stadtrechnee Daler, daß ihm seine Verrechnersstelle unwiderruflich auf Lebenslang, ähnlich einem Staatsdienste, übertragen werde, da er sie sonst aufgebe und einen ihm angebotenen andern Verrechnersdienst (bei der allgemeinen Versorgungsanstalt) annehme.

Der Gemeinderath und Bürgerausschuß entsprachen dem Gesuche und schlossen mit dem Verrechner Daler einen Dienstvertrag ab, worin die Art seiner Entlassung im Verwaltungswege festgesetzt, und ihm für den Fall, daß er ohne diese Formen entfernt oder in Ruhestand versetzt würde, eine nach Analogie des Staatsdienereedicts zu bemessende Pension zugesichert wurde.

Dieser Vertrag wurde dem großen Ausschuß zur Genehmigung voegelegt. Bei der Versammlung des großen Ausschusses erschienen nicht alle Mitglieder, wohl aber die gesetzlich erforderliche Anzahl derselben. Bei der Abstimmung zeigte sich Stimmengleichheit, woeauf die Stimme des Bürgermeistees für die Genehmigung den Ausschlag gab.

Als nun die Sache der Kreisregierung zur Ertheilung der Staatsgenehmigung vorgelegt wurde, verweigerte diese Behörde dieselbe, insbesondere deswegen, weil bei der Versammlung des großen Ausschusses nicht eben so wie der §. 37 der Gemeindeordnung es bei Gemeindeversammlungen fordeet, die Mehrheit der Stimmen aller Ausschußmitglieder, wenn gleich die Mehrheit der eeschienenen dafür gestimmt habe, ein gültiger Beschluß nach §. 37 also nicht zu Stand gekommen sei.

Gegen die Verweigerung der Staatsgenehmigung ergriff der Gemeinderath den Rekurs an das Ministerium des Innern, welches unterm 21. Juli 1837 Nr. 6871 darauf verfügte:

„1) In formeller Beziehung hält man die Anträge, beziehungsweise Beschlüsse der Gemeindebehörden für genügend, denn

a) schon der Beschluß vom Gemeinderath und kleinen Ausschuß reicht hin, und es bedarf keines Beschlusses der Gemeindeversammlung, beziehungsweise des großen Ausschusses über den Gehalt oder die Anstellungsbedingungen des Gemeinderechners. Gemeindeordnung §. 128, veegl. mit §. 135 Nr. 3.“

„b) Ueberdies ist hier auch der Beschluß des großen Ausschusses, obschon nicht die Mehrheit aller Mitglieder desselben dafür stimmte, dennoch gültig gefaßt, da das Gesetz im §. 37 nur in Bezug auf Gemeindeversammlungen die Zustimmung von mehr als der Hälfte aller stimmfähigen Bürger foedert, ohne im §. 40 in Bezug auf die großen Ausschüsse eine gleiche Bestimmung zu geben.“

„Die im §. 40 enthaltene Vorscheift, daß der Bürgermeister bei Stimmengleichheit die Entscheidung zu geben habe, deutet im Gegentheil darauf hin, daß wenn einmal die gesetzlich erforderliche Zahl der Ausschußmitglieder erschienen ist, hier wie beim Gemeinderath und kleinen Ausschuß lediglich die Mehrheit der Anwesenden entscheide, indem sonst der im Gesetze vorgesehene Fall einer noch des Ausschlags bedürftigen Stimmengleichheit nur da, wo wirklich alle Mitglieder des Ausschusses erschienen, noch möglich wäre.“

„2) In materieller Hinsicht ist es wohl zu billigen, daß wichtige Stellen, z. B. die des Gemeinderechnees und Rathsschreibers in großen Städten, wo eine solche Stelle nicht blos als Nebengeschäft versehen werden kann, sondern die volle Thätigkeit eines gewandten Geschäftsmannes in Anspruch nimmt, nach einer genügenden Probezeit dem als tüchtig und rechtlich erkannten Angestellten mit einer Art von Unwiderruflichkeit, ähnlich den Staatsdiensten, übertragen werden.“

„Es sprechen hiefür in solchen Fällen wohl dieselben Gründe, welche für unwiderrufliche Anstellungen im Staatsdienst vorliegen. Nue ist dafür zu sorgen, daß

Digitized by Google

a) die Entlassung ohne Pension wegen Verschulden des Angestellten nicht durch zu viele Besserungsgrade erschwert werde, und daß sie namentlich jedenfalls unter den Bedingungen, welche die §§. 22 bis 25 der Gemeindeordnung für die Entlassung des Bürgermeisters vorschreiben, erfolgen könne,

b) auch daß im Falle der wegen hohen Alters oder sonst eintretenden unverschuldeten Dienstunfähigkeit die Pension nicht zu hoch, und namentlich in keinem Falle höher als bei Staatsdienern bemessen werde."

„Die erste unter a. erwähnte Bedingung ist nun in dem vorliegenden Dienstvertrag mit Daler berücksichtigt, nicht aber auch die letztere ad b., indem bei Dalers Pensionirung von seiner (außer einer Remuneration für eine Nebenbeschäftigung und außer dem Bureauaufwande nur 1200 fl. betragenden) Besoldung nur der im §. 6 der Dienerpragmatik von 1819 bestimmte Abzug gemacht, und der in den Finanzgesetzen von 1831, 33 und 1835 vorgesehene Functionsgehalt (zu einem Fünftel der Besoldung) nicht ebenfalls abgezogen werden soll. Wird der Dienstvertrag dahin abgeändert, daß im Falle einer Pensionirung von der Besoldung pr 1200 fl. zuerst ein Fünftel als Functionsgehalt und sodann vom Reste erst noch die im §. 6 der Dienerpragmatik vom Jahre 1819 erwähnten Procente abgezogen werden müssen, so ist demselben die Staatsgenehmigung zu ertheilen."

Von dieser Verfügung wurde wegen der darin ausgesprochenen allgemeinen Grundsätze den übrigen drei Kreisregierungen Nachricht gegeben.

In Bezug auf den unter Nr. 1 a. der Verfügung ausgesprochenen Grundsatz, daß es zur Gehaltsbestimmung des Gemeinderechners eines Beschlusses der Gemeindeversammlung oder des großen Ausschusses überhaupt gar nicht bedürfe, sondern die Zustimmung des kleinen Ausschusses genüge, trug alsdann die Regierung des Unterrheinkreises das Bedenken vor, daß der §. 127 der Gemeindeordnung den §. 19, wornach zur Gehaltsbestimmung des Bürgermeisters, der Gemeinderäthe oder des Rathsschreibers ein Gemeindebeschluß erforderlich ist, auch auf die Gemeinderechner für anwendbar erkläre.

Unterm 27. Sept. 1837 Nr. 8803 erwiederte hierauf das Ministerium des Innern:

„Der §. 127 der Gemeindeordnung erklärt allerdings auch den §. 19 als auf die Gemeinderechner anwendbar, wonach die Gemeindeversammlung deren Gehalt zu bestimmen hätte. Diese Rückweisung auf §. 19 steht aber im Widerspruch mit der ausdrücklichen Vorschrift des §. 128 und §. 135 Nr. 3, wonach der Gemeinderath mit Zustimmung des Ausschusses den Gehalt des Gemeinderechners festzusetzen hat."

„Bei diesem Widerspruch der beiden Vorschriften möchte die letztere schon deshalb den Vorzug verdienen, weil sie durch ganz bestimmte Sätze ausgedrückt ist, während die erstere im §. 127 nicht ausdrücklich enthalten ist, sondern nur auf einem dort vorkommenden bloßen Citate eines anderen Paragraphen, nämlich des §. 19 beruht."

„Dazu kommt, daß im §. 128 eines besondern Falles, wo ausnahmsweise ein Gemeindebeschluß erfordert wird, nämlich des Falles, wo der Gehalt auf Tantiemen gesetzt werden soll, speciell erwähnt, damit also die Regel (wonach es in andern Fällen an einem Beschlusse des Gemeinderathes und Ausschusses genügt) noch klarer hervorgehoben ist."

„Auch die ständischen Verhandlungen zeigen, daß die im §. 127 enthaltene Rückweisung auf den §. 19 auf einem bloßen Versehen beruht. Der §. 121 des Regierungsentwurfes, der dem jetzigen §. 127 entspricht, enthielt keine solche Rückweisung, und eben so wenig ist eine solche von der Kommission der zweiten Kammer in Antrag gebracht worden. Erst bei der Discussion vom 24. Juni 1831 (Heft XI. S. 135, 136), stellte der Abgeordnete Weyser den Antrag, daß die §§. 21 bis 26, welche von der Suspension und Entlassung der Bürgermeister, Gemeinderäthe und Rathsschreiber handeln, auch auf die Gemeinderechner anwendbar erklärt würden. Dieser Antrag wurde angenommen, hinsichtlich der Anwendbarkeit des von der Gehaltsbestimmung handelnden §. 19 dagegen weder ein Antrag gestellt, noch ein Beschluß gefaßt. Demungeachtet erscheint sodann in der Redaction, wie sie der ersten Kammer mitgetheilt wurde, im §. 121 (jetzt §. 127) nicht blos eine Rückweisung auf die §§. 21 bis 26, sondern auch eine solche auf den §. 19, zu welch letzterer in den Kammerbeschlüssen keinerlei Anlaß zu finden ist."

„In Folge dieser irrigen Redaction des §. 127 (früher §. 121) ging nun aber jenes Citat des §. 19 in das Gesetz selbst über, es müßte ihm daher Gesetzeskraft zugestanden werden, wenn nicht der vorliegende Widerspruch desselben mit anderen Gesetzesstellen zur Berichtigung jenes, bei den Verhandlungen über das Gesetz eingeschlichenen, Irrthums berechtigte."

„In dieser letztern Beziehung wird es aber begründet erscheinen, das irrthümlich in den §. 121 (jetzt §. 127) eingeschlichene Citat des §. 19 nicht zu berücksichtigen, und dagegen nach §. 128, vergl. mit §. 135 Nr. 3 anzunehmen, daß der Gehalt des Gemeinderechners nicht von der Ge-

Digitized by Google

meindeversammlung, sondern nur vom Gemeinderath und Ausschuß festzusetzen seie" *). D. R.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Ueber die L. R. Sätze 1831 bh. und bi.

v. Venningen gegen Keidel.

Zur Verlassenschaft des verlebten Altvogts Keidel in Zuzenhausen waren drei noch lebende Kinder und die Erben von zwei verstorbenen Kindern berufen, so daß also die ganze Masse in fünf Kopftheile zerfiel.

Einen Theil dieser Verlassenschaft bildet der Tannsche Erbbestandshof, welcher von der Grundherrschaft v. Venningen zu Eichtersheim relevirt.

Diesen Hof erhielt der Sohn Leonhard Keidel, vermöge testamentarischer Disposition, um den Anschlag von 9000 fl. Die Erbbestandsherrschaft verlangte nun an ihn die Zahlung des Handlohns mit zwei Procent von $^4/_5$ der Anschlagssumme, und verweigerte in so lange, als diese nicht erfolgt seyn würde, die Ausfertigung des Transfirbriefes.

Da jedoch der Erbbeständer nicht freiwillig zahlte, so klagte die Erbbestandsherrschaft den zu 144 fl. berechneten Handlohn gegen ihn ein, indem sie den Satz aufstellte, daß er nur zu $^1/_5$ erbberechtigt und daher handlohnfrei, in Ansehung der weiteren $^4/_5$ aber als novus acquirens zu betrachten und daher handlohnpflichtig sei.

Der Beklagte wendete dagegen ein: nach L. R. S. 1831 bh. werde das Laudemium nur dann bezahlt, wenn ein Nichterbberechtigter durch Veräußerung in den Bestand komme; dies sei indessen hier nicht der Fall, indem er blos durch Testament Erbe und Eigenthümer geworden, somit kein Laudemium zu zahlen schuldig sei ic.

Auf gepflogene Verhandlung erkannte das Amt unterm 31. März l. J. zu Recht:

„Es sei die klagende Grundherrschaft noch zur Zeit mit der erhobenen Klage abzuweisen unter Verfällung in die Kosten."

Der Unterrichter ging hiebei von der Ansicht aus, daß der Grundeigenthümer so lange keinen Handlohn fordern könne, bis er durch Ertheilung eines erneuerten Erbbestandsbriefes den Uebergang auf den Erwerber als gültig anerkannt habe.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 1. Juli l. J. ward jedoch abändernd zu Recht erkannt:

„daß der Beklagte, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen, schuldig sei, den geforderten Handlohn mit 144 fl. nebst Zinsen vom Tag der Klagzustellung an binnen vier Wochen an die klagende Grundherrschaft zu zahlen."

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß nach der anerkannten Beweisurkunde vom 1. Mai 1822 der von der klagenden Grundherrschaft relevirende Tannsche Erbbestandshof dem mittlerweile verlebten Fr. Chr. Keidel und allen seinen rechtmäßigen ehelichen Leibeserben zu einem wirklichen Erbbestand verliehen, beziehungsweis bestätigt worden ist;

In Erwägung, daß zwar in der Bestätigungsurkunde vom 24. April 1823, mit Bezug auf die Notification der grundherrlichen Amtsverwaltung d. d. Eichtersheim den 9. Juli 1804 bemerkt ist, es sei dem Erbbeständer die obereigenthumsherrliche Erlaubniß ertheilt worden, den Erbbestand in drei gleiche Theile unter seine Kinder dereinst vertheilen zu dürfen;

In Erwägung, daß der Erbbeständer, Altvogt Keidel, von dieser Erlaubniß keinen Gebrauch gemacht, vielmehr durch letztwillige Verfügung vom 12. Nov. 1831 seinem Sohne L. Keidel das erwähnte Erbbestandsgut sammt Zugehörde um die Summe von 9000 fl. zugedacht hat;

In Erwägung, daß dieser Erbe, inhaltlich seiner, unterm 24. Nov. 1835 dem grundherrlichen Rentenamte gemachten Anzeige, auch wirklich in den festen Besitz des fraglichen Erbbestandsgutes gekommen ist;

In Erwägung aber, daß der jetzige Beklagte, weil sein Vater fünf eheliche Kinder, beziehungsweis Kindeskinder hinterlassen hat, nach L. R. S. 745 nur $^1/_5$ dieses Guts erben, und die übrigen $^4/_5$ nur im Wege der Gleichstellung von seinen Miterben erwerben konnte, weil es der Erblasser nach §. 3 der Berainserneuerung ohne obereigenthumsherrliche Erlaubniß nicht vermachen durfte;

In Erwägung, daß also der Beklagte von jenen $^4/_5$ des Guts, zu welchen er nicht erbberechtigt war, als neuer Erwerber den geforderten Handlohn zu zahlen schuldig ist, weil nach dem §. 4 des Erblehenbriefes bei jeder von dem Obereigenthumsherrn bewilligten Veräußerung der Handlohn mit zwei Procent entrichtet werden muß;

In Erwägung, daß dagegen das Recht der Erbbestandsherrschaft, den Handlohn jetzt schon zu fordern, von der Ertheilung eines erneuerten Erbbestandsbriefes keineswegs abhängt, da diese Abgabe nach den L. R. S. 577 ab. und 1831 bh. für die Aufnahme zum Gut, als eine besondere Anerkenntniß des Grundeigenthums entrichtet und nebstdem, sowohl nach §. 5 der Berains-

*) Man sehe hierüber auch den Aufsatz in Nr. 45 S. 271 und 272 der Annalen des Jahrgangs 1836. D. R.

Digitized by Google

erneuerung, als nach L. R. S. 1831 bi. die Erneuerung die des Erblehnbriefes nachgesucht werden muß, die der Obereigenthumsherr vor der Zahlung des Handlohns zu ertheilen nicht verbunden ist;

In Erwägung, daß hiernach die klagende Grundherrschaft durch das amtliche Erkenntniß als beschwert erscheint.

Nach Ansicht der §§. 169 und 378 der Prozeßordnung. A. d. Gr. ꝛc.

Anmerkung. Die Minorität hielt den Beklagten nicht für verpflichtet, Handlohn zu zahlen, indem sie also raisonnirte:

Nach §. 2 der Verordnung vom 23. März 1808 (Regierungsblatt Nr. 11) sei das fragliche Erblehen füglich nicht theilbar, weshalb dasselbe Einem der Erben ganz habe überlassen werden müssen, wie es durch Testament bestimmt sei. Der jetzige Beklagte müsse daher, nach L. R. S. 883, so angesehen werden, als hätte er den Erbbestandshof unmittelbar und allein geerbt; da er nun in der vorigen Verleihung mitbegriffen, und in absteigender Linie kein Handlohn zu entrichten sei, so müßte Kläger abgewiesen werden*), wenn in pejus reformirt werden dürfte. Weil aber eine solche Abänderung nach §. 1167 der Prozeßordnung als unzuläßig erscheine, so bliebe nichts anderes übrig, als den amtlichen Bescheid zu bestätigen.

Bayer.

*) Ich wäre begierig gewesen, zu vernehmen, was die Majorität diesem bündigen Raisonnement der Minorität entgegen hielt, und wie sie namentlich der Vorschrift des L. R. S. 883 auszuweichen suchte.

Nach L. R. S. 745 erbten allerdings die fünf Kinder zu gleichen Theilen, aber bis zur Theilung hat kein Miterbe das Eigenthum irgend eines Stücks, und wenn ihm gleich nach L. R. S. 826 das Recht zusteht, seinen Antheil an Fahrniß und liegender Habe im Stück zu verlangen, so hat er doch, so lang ihm solches nicht wirklich zugetheilt wurde, kein Eigenthumsrecht an einem einzelnen Stücke; hinsichtlich dessen, was ihm sodann bei der Theilung wirklich zufällt, wird er aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des L. R. S. 883 so angesehen, als hätte er es ausschließlich und unmittelbar vom Erblasser erhalten, und als hätten die Miterben nur ein Eigenthumsrecht daran gehabt.

Wäre die Ansicht der Majorität richtig, so hätte die Staatskasse von dem Kinde, welchem eine in der Erbmasse befindliche Liegenschaft gegen Auslösung der andern Kinder oder zur Ausgleichung der den Letztern zugetheilten Fahrnisse zugetheilt wurde, von den auf diese Letztern treffenden Antheilen an jener Liegenschaft auch die Liegenschaftsaccise zu empfangen, die jedoch von der Staatskasse sicher noch gar nie gefordert worden ist.

D. R.

III.

Curiosa

aus dem Gebiete der Rechtspolizei.

1.

Färbermeister Adam S. von E. hatte eine mit richterlichem Pfandrecht versehene Forderung an J. H., W. M. und M. D., von E. im Gesammtbetrag von 304 fl. 49 kr.

Am 31. Juli d. J. wurde der Pfandschreiberei der Amtsstadt E. im Unterrheinkreis von dem dortigen Amtsrevisorat folgende Verfügung zugesendet:

Der hiesige Bürger und Färbermeister Adam S. schuldet laut Anerkenntniß vom Heutigen an die Farbwaarenhandlung Schill, Köbel und Müller in Stuttgart 270 fl. 43 kr., verzinslich vom 7. April 1835, er hat, aus Mangel anderer Zahlungsmittel zur Deckung und Berichtigung seiner Schuldigkeit, genanntem Handlungshause folgende Forderungen übertragen:

1) an J. H.	130 fl.	52 kr.
2) „ W. M.	144 „	19 „
3) „ M. D.	29 „	38 „
	304 fl.	49 kr.

Auf Anstehen des Mandatars gedachten Handlungshauses, A. Stumpf von hier, welcher sich mit Vollmacht legitimirte, wird die hiesige Pfandschreiberei veranlaßt, für den Fall die Seib'schen Schuldner ihre Güter verpfänden oder versteigern, Bedacht darauf zu nehmen, daß die Zahlungen nicht an den Adam S., sondern an den Bevollmächtigten der Handlung Schill, Köbel und Müller in Stuttgart, A. Stumpf dahier, geleistet werden.

2.

Von demselben Amtsrevisorat ergieng am 2. Mai 1836 an die nämliche Pfandschreiberei folgende Verfügung:

Auf geschehene Erklärung des längst volljährigen Andreas Veith von hier, daß er von seinem bisherigen Vormund Alois Veith von da mit seinem elterlichen Vermögen vollständig ausgeliefert sei, wird das hiesige Pfandgericht ermächtigt, den zu Gunsten des Ersteren auf das Vermögen des Letzteren sub Nr. 213 bestellten Pfandeintrag zu löschen.

Es wird kaum nöthig seyn zu bemerken, daß die Pfandschreiberei auf beide Verfügungen keine Rücksicht nahm. — Sapienti sat.

Kall.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 11. November 1837.

I.

Versuchter Kindesmord.

(Insbesondere über Zurechnungsfähigkeit.)

Am 22. October 1836, in der Frühe um drei Uhr, ging die ledige Anna Maria Vetter aus Lorsch (im Großherzogthum Hessen), seit Weihnachten 1835 Dienstmagd bei Christian Pfizer zu Käferthal, aus ihrer Kammer durch das Schlafzimmer der Dienstherrschaft, öffnete die Hausthüre und begab sich in den Hof. Nach einigen Minuten kam sie wieder herein und legte sich zu Bett. Gegen halb fünf Uhr stand Pfizer auf, brachte der Magd ein Licht in die Kammer und wies sie an, in den Stall zu gehen. Es fiel ihm jedoch auf, daß sie etwas lange verweilte bis sie heraus kam. Im Stalle setzte sie sich alsbald auf einen Strohbüschel nieder und ersuchte nach einigen Minuten den Knecht, den Kühen das Futter zu geben, weil sie so Leibweh habe und nicht arbeiten könne. Sie setzte sich dann auf den Stoßtrog und klagte fortan über Leibweh. Nun kam Pfizer hinzu, welcher sie fragte, ob sie vielleicht gar ein Kind bekomme? Allein sie suchte ihm dies auszureden, und versicherte, nicht schwanger zu seyn. Pfizer begab sich hierauf in die Stube, erzählte den Vorgang seiner Frau und ging mit derselben in die Kammer der Magd, um das Bett zu visitiren. Es fand sich hiebei auf dem Boden neben der Bettlade eine Blutlache und im Strohsack ein Blutflecken. Das Leintuch war zurückgeschlagen und an dessen Stelle lag ein Unterrock und ein Hemd, beide mit Blut beschmutzt. Auf diese Entdeckung holte Pfizer die Hebamme herbei. Mittlerweile war die Vetter noch immer im Stall und wollte gerade melken, als er dahin zurückkam und sie, weil sie auf seine Ermahnung nicht gleich gehen wollte, am Arm in die Kammer führte, wo sich die Hebamme befand. Die Vetter ließ sich aber nicht visitiren und stellte wiederholt in Abrede, schwanger gewesen zu seyn, indem sie vorgab, daß ihr Geblüt, welches sich gesteckt gehabt habe, abgegangen sei. Obgleich sie nach Haus zu gehen wünschte und schon Anstalten dazu machte, so ließen doch die Pfizerschen Eheleute sie nicht fort, sondern bewachten sie in der Kammer, bis sich, aus Auftrag des von dem Vorfall in Kenntniß gesetzten Physicats, der Landchirurg zur Visitation eingefunden hatte, welcher sodann dem Amte Ladenburg referirte, daß die Vetter in den letzten 24 Stunden geboren habe. Noch am nämlichen Tage verfügte sich die amtliche Commission nach Ladenburg, um die Untersuchung einzuleiten. Nach einer summarischen Vernehmung der Pfizerschen Eheleute, des Knechts und der Hebamme, wurde die Vetter selbst constituirt. Sie gab an, daß sie 30 Jahr alt, vermögenslos und Mutter eines dreijährigen Kindes sei, welches, wie späterhin ermittelt wurde, zu Lorsch verpflegt wird.

Ueber ihren Blutverlust befragt, erzählte sie: „Ich habe mir in diesem Jahr durch eine Erkältung eine Störung in der Reinigung zugezogen. In der Ernte habe ich diese Reinigung zum letztenmal gehabt. Wenn sie bei mir nur einige Wochen über die gewöhnliche Zeit ausbleibt, so schwillt mein Leib außerordentlich an. Dies hat sich schon früher einmal bei mir ereignet. Diesen Morgen um drei Uhr ging ich, jedoch blos um das Wasser abzuschlagen, hinaus, und hierauf sogleich wieder in mein Bett. Um halb fünf Uhr stand ich wieder auf, weil mein Herr mir auftrug, in den Stall zu gehen. Da fühlte ich den Schmerz im Leibe und das Blut stürzte von mir. Dennoch begab ich mich in den Stall, um mein Geschäft zu verrichten und gab dem Vieh Futter. Allein der Schmerz überwältigte mich und ich setzte mich deshalb auf den Stoßtrog, wo mich mein Dienstherr antraf. Dies ist der ganze Hergang. Ich bin nicht schwanger und kann es auch nicht seyn, da ich mit keinem Mann in diesem Jahr Umgang gehabt habe. Das Blut ging heute fortwährend von mir.“ Bei einer hierauf bewerkstelligten Durchsuchung der Kammer und des Bettes der Inculpatin ward außer den schon erwähnten Blutspuren an dem obersten Theil der Bettlade, in eine alte Haube eingewickelt, ein Blutklumpen entdeckt,

Digitized by Google

welchen die Hebamme sowohl als die Gerichtsärzte für eine Maß geronnenen Bluts erklärten.

Da die Nacht bereits herangerückt war, so wurde dem Bürgermeister der Auftrag ertheilt, den andern Morgen bei Tagesanbruch, unter Zuziehung der nöthigen Mannschaft, den Hof, Stall und Garten nebst der Scheuer des Pfizerschen Hauses genau zu durchsuchen, und wenn sich etwas vorfindet, was auf die etwaige Niederkunft der Vetter Bezug hat, sogleich die Anzeige zu machen.

Am 23. October Morgens nach sieben Uhr zeigte der Bürgermeister der amtlichen Commission an, daß bei der angestellten Nachsuchung in seiner Gegenwart im Garten des Pfizer ein Kind gefunden worden sei; er habe eine Wache dazu gestellt und die Leiche des Kindes unverrückt gelassen. Die Commission begab sich sogleich an Ort und Stelle, besichtigte den Platz und ließ das ganz mit sandiger Erde überzogene Kind in die Pfizersche Behausung bringen, wo solches der Vetter in Gegenwart der Urkundspersonen mit der Frage vorgezeigt wurde, ob dieses ihr Kind sei? Sie erwiederte zuerst, ich weiß es nicht, und fuhr hierauf fort: wenn es denn seyn soll, so will ich es sagen. — Auf die Ermahnung, die Wahrheit anzugeben, erklärte sie weiter: „Das Kind ist gestern Morgen von mir geboren worden. Ich glaubte es sei todt und so habe ich es hinausgetragen."

Sie bezeichnete sodann den Platz, wo sie es hingelegt und gab auf Befragen weiter an: „Gestern Morgen gegen vier Uhr, nachdem ich von dem ersten Hinausgehen schon wieder zurück und wieder im Bett war, fühlte ich nur zwei Wehen in kurzem Zwischenraum. Es ging nach der zweiten Wehe gleich das Kind von mir. Ich gebar das Kind in liegendee Stellung; ich lag dabei auf der rechten Seite. Ich war im Augenblick der Geburt mit meiner Bettdecke bedeckt. — Ich nahm hierauf meinen Unterrock und meinen Rock, welche neben mir im Bett lagen und legte sowohl mich als das Kind darauf. Das Kind gab kein Lebenszeichen. Ich stand sodann auf und trug das Kind ungefähr eine Viertelstunde nach der Geburt in den Garten an den schon bezeichneten Ort. Dort deckte ich es mit der daneben liegenden Erde zu, aber nur ein klein wenig und ging hierauf in mein Bett zurück. Meine Dienstherrschaft schlief, während ich hinaus und wieder zurückging. Ungefähe um halb fünf Uhr wurde ich von meinem Dienstherrn aufgefordert, in den Stall zu gehen; ich ging auch wirklich hinaus und glaubte meine Arbeit verrichten zu können, fühlte mich aber zu schwach und begab mich deshalb wieder in meine Kammer zurück. Inzwischen hatte die Hausfrau schon das Blut in meinem Bette bemerkt. Auch kam die Hebamme, welche mich befragte."

Man zeigte ihr die eben eewähnten Kleidungsstücke vor, welche von ihr anerkannt wurden. Was die Nabelschnur betrifft, so meint die Inquisitin, daß solche losgerissen seyn müsse, als sie das Kind nach der Geburt zu sich heraufgenommen habe. Die Nachgeburt, welche ungefähr eine halbe Stunde nach der Geburt gekommen sei, will sie in einen alten Lumpen eingewickelt und hinter die Bettlade gelegt haben. Dieselbe konnte jedoch nirgends vorgefunden werden. Die Inquisitin äußerte daher die Vermuthung, daß solche etwa von dem Hunde ihres Dienstherrn gefressen worden seyn möge. Als Schwängerer benannte sie den früheren Knecht ihres Heern *) mit dem Bemerken, daß sie die erste Bewegung des Kindes etwa drei Wochen vor Michaelis verspürt und daß sie ihre Schwangerschaft Niemanden entdeckt habe, weil sie nicht gedacht, daß es so sei. Als Ursache, warum sie beim Empfinden der ersten Wehen nicht wenigstens ihre Dienstfrau gerufen habe, führte sie an, weil die Geburt schnell von Statten gegangen und das Kind todt gewesen, so sei sie eben still geblieben. —

Nach diesem Verhör wurde die Leiche des Kindes aufs Rathhaus verbracht und dort beim Eintreffen der Medicinalbeamten zur Legalinspection und Section geschritten, auf deren Resultat wir später zurückkommen werden.

Am 27. October kam die Inquisitin, welche mittlerweile nach Ladenburg verbracht worden war, wieder ins Verhör, worin sie gestand, daß sie die Nabelschnur mit der Hand getrennt habe. Auf die Frage, was denn das Kind hiebei gemacht? versetzte sie: „Das Kind rührte sich gar nicht. (Weinend.) Ich ließ es eine Viertelstunde vor mir liegen. Dann trug ich es in den Garten. Dort küßte ich es noch einmal. Dann habe ich es vergraben." —

Befragt, wie sie es hinausgetragen? gab sie an: Ich hielt es mit der rechten Hand unter dem Kinn und am Hals; mit der linken am Leib und habe es so bis in den Garten getragen." —

Die Inquisitin versicherte zugleich, daß an dem Kinde noch alles so, wie sie es geboren, gewesen sei, was nicht etwa ihre Schürze abgewischt habe; denn damit habe sie es gleich nach der Geburt zugedeckt.

Zur Auskunft aufgefordert, wie es denn gekommen, daß sie die Schürze nicht bei dem Kinde gelassen, damit es doch nicht nackt begraben worden wäre? gab sie die Erklärung: „Die Schürze war noch ganz neu. Aber einen alten Lumpen wollte ich nehmen, um es darein zu wickeln. Ich ließ abee diesen Lumpen aus Versehen in meiner Kammer liegen."

---

*) Der angebliche Schwängerer hat aber jeden vertraulichen Umgang mit der Angeschuldigten durchaus in Abrede gestellt.

D. E.

Digitized by Google

Die Unterſuchung erlitt nun eine längere Unterbrechung, theils weil das Phyſikat mit der Bearbeitung des ärztlichen Gutachtens beſchäftigt, theils weil noch eine an die Heimathsbehörde der Inquiſitin erlaſſene Requiſition unerledigt war. Dazu geſellte ſich noch ein Beamtenwechſel in Ladenburg. Am 3. Januar 1837 ließ der Amtsverwalter die Inquiſitin vorführen und befragte ſie, ob ſie noch dabei bleibe, daß ſich das Kind nach der Geburt gar nicht gerührt habe? worauf ſie verſetzte: „Ich weiß es nicht, hat das Kind Leben gehabt oder nicht; es iſt möglich, daß es gelebt hat, ich kann es aber nicht ſagen, denn ich war bei meiner Entbindung voll Schrecken und Angſt und wußte nicht was um mich her vorging.“

Auf den Vorhalt, daß das Kind nach dem Gutachten des Phyſicats gelebt und einen gewaltſamen Tod erlitten habe, erklärte die Inquiſitin: „Ich kann mich nicht erinnern, daß ich dem Kinde etwas zu Leid that, ich müßte denn gerade mit dem Daumen ihm den Hals zu feſt zugehalten haben. Wie ich nämlich ſchon früher angab, habe ich etwa eine Viertelſtunde nach der Geburt das Kind in dem Garten vergraben. Beim Tragen hielt ich es mit der rechten Hand am Halſe und mit der linken Hand an den Beinen, ſo daß es auf der linken Hand ruhte.“

Befragt, ob ſie ſich beſtimmt erinnern könne, daß ſie dem Kinde einen Druck am Halſe gegeben? ertheilte ſie die Antwort: „Ich muß geſtehen, daß ich das Kind mit dem Daumen feſt am Halſe drückte; mit Abſicht habe ich es aber nicht gethan. Ich hielt das Kind ſchon für todt als ich es von meinem Zimmer in den Garten trug.“

Auf weitere Inſtanzen gab die Inquiſitin an: „Den Vorſatz, das Kind umzubringen, hatte ich nie. Es iſt aber möglich, daß ich in meiner Betäubung und Beſtürzung das Kind, als ich es von der Nabelſchnur trennte, verletzt habe. Ich muß auch ſagen, daß ich das Kind beim Hinaustragen in den Garten feſt am Halſe mit der rechten Hand gehalten habe, ich glaubte auch nicht anders, als daß das Kind ſchon todt war. Wenn ich beſtimmt gewußt hätte, daß das Kind noch Leben habe, ſo hätte ich es behalten und nicht begraben. Ich habe mich ſchon jeden Tag darüber beſonnen, ob ich das Kind nicht bei der Geburt beſchädigte, ich kann aber hierüber gar nichts ſagen. Nur darüber machte ich mir ſchon öfter Vorwürfe, daß ich das Kind am Halſe zu feſt hielt. Wenn das Kind nach dem ärztlichen Gutachten nach der Geburt gelebt haben ſoll, ſo mag ich dadurch ſchuld an ſeinem Tode ſeyn. Denn als das Kind neben mir im Bette lag und beim Tragen in den Garten rührte und regte es ſich nicht. Ich hielt es beim Tragen in den Garten ſchon für todt und faßte es deswegen nicht ſo zart an.“

„Ganz kalt war es noch nicht; weil es ſich aber gar nicht regte, ſo hiel ich es für todt.“ —

Im Uebrigen wiederholte die Inquiſitin ihre früheren Angaben mit dem Beiſatze, daß, als ſie das Kind mit der Schürze zugedeckt, der Kopf ganz frei herausgeſehen habe.

In einem ſpäteren Verhöre vom 9. Januar ward der Inquiſitin vorgehalten, daß ihr Kind nach dem Gutachten des Phyſikats eines gewaltſamen Todes durch Erſtickung geſtorben ſei; ſie ſollte daher angeben, ob ſie vielleicht das Kind nach der Geburt unter die Bettdecke (welche von grober Leinwand und mit Federn angefüllt war) gelegt habe?

Auf dieſen Vorhalt erwiederte ſie nun: „Nein, ich will es jetzt ſagen, wie ſich die Sache verhält. Gleich nach der Geburt nahm ich das Kind zu mir herauf, nachdem ich es von der Nabelſchnur gelöst hatte. Ungefähr eine Viertelſtunde ließ ich es neben mir liegen. Das Kind hat bei der Geburt und nachher noch gelebt. Auf einmal, ich weiß ſelbſt nicht wie, kam mir der Gedanke, mittelſt eines Druckes am Halſe das Kind aus der Welt zu ſchaffen und ſodann im Garten zu begraben. Ich machte mich vom Bette auf, drückte das Kind mit der rechten Hand ganz feſt am Halſe, daß es erſticken mußte und trug es alsdann, da es kein Lebenszeichen mehr von ſich gab, in den Garten, wo ich mit der Hand etwas Erde wegſcharrte und das Kind hineinlegte. Nachher ſchüttete ich ungefähr zwei Hände voll Sand auf das Kind, und ich glaube, daß es aus der Erde noch herausgeſehen haben muß.“

Indeſſen behauptete die Inquiſitin ſteif und feſt, daß ihr dieſer heilloſe Gedanke, das Kind umzubringen, erſt nach der Geburt, ſie wiſſe nicht wie, gekommen ſei.

Dabei verblieb ſie auch in dem noch am nämlichen Tage mit ihr abgehaltenen Schlußverhöre vor Urkundsperſonen.

Wir kommen jetzt auf das Reſultat der Legalinſpection und Section zurück.

Das Kind war völlig ausgetragen und gut genährt; die Nabelſchnur, welche zur Hälfte geriſſen und zur Hälfte geſchnitten ſchien, war bleich und bis auf wenige Tropfen blutleer. Die Haut derb und feſt, weißröthlich. Verletzungen konnten, eine ſtarke Excoriation (Hautabſchärfung) von der Größe einer länglichten Bohne auf dem linken Bruſtmuskel, und zwei ganz ſchwache auf der vordern Seite des Halſes links vom Kehlkopfe abgerechnet, am ganzen Körper keine wahrgenommen werden.

Der Kopf ſogar erſchien von jeder Blutgeſchwulſt oder ſonſtigem Zeichen eines Druckes frei, und eben ſo bemerkte man am Halſe nicht die geringſte Spur beſtehender Suggilation oder etwa beſtandener Zuſammenſchnürung durch die Nabelſchnur. Das Auge war glänzend, die Hornhaut weder welk noch eingeſenkt. Die Zunge ragte mit ihrer Spitze zwiſchen Ober- und Unterkiefer ungefähr 1½ Linien hervor.

Digitized by Google

Die Nabelgefäße waren blutleer, und eben so sämmtliche Gefäße des Unterleibs; Leber und Milz blaurothlich. Das Zwerchfell war nicht hoch gegen die Brusthöhle gedrängt und zeigte gegen die Bauchhöhle keine große Aushöhlung, welche durch einen gelinden Druck nach oben auch weiter nicht vermehrt werden konnte. Den bei der Section freigelegten Kehlkopf fand man nicht flach und platt, sondeen gehörig gewölbt, und rings um denselben ließ sich kein Merkmahl von Blutunterlaufung wahrnehmen. Die Lunge wae nach hinten gegen die Wirbelsäule gedrängt, so daß sie den Herzbeutel nicht bedeckte, war roth nnd bläulicht gesprenkelt und beim Drucke mit dem Finger fühlte sich dieselbe schwammig und elastisch an. Eine Ueberfüllung dee Lungen mit Blut wurde auch bei den zur Ausmittlung des Statt gehabten Athmens gemachten Versuchen nirgends bemerkt.

In der Luftröhee befand sich außer etwas wenigem Schleim weiter keine Feuchtigkeit, sie war frei und offen, und der Luft ganz zugangbae. Krankhafte Veränderungen konnte man weder an der Lunge noch an der Brustdrüse auffinden. Dieselbe Bewandtniß hatte es mit der Beschaffenheit des Herzens, in dessen beiden Höhlen sich einige Kaffeelöffel voll schwärzlichen, flüssigen Blutes vorfanden.

Nach Entfernung dee allgemeinen Bedeckung des Schädels zeigte sich außer einee blaurothlichen Färbung der Beinhaut und des darunterliegenden Knochens nichts besonders Auffallendes. Die Fontanellen waren unversehrt und niegends eine Verletzung durch Einstich oder Druck wahrzunehmen.

Blutunterlaufungen oder Blutgeschwülste zeigten sich am ganzen Umfange des Kopfes nicht. Die Gefäße der dura und pia mater fanden sich, nachdem die Schädelknochen entfernt waeen, mit schwärzlichtem, flüssigem Blute ziemlich angefüllt, so daß die Rindensubstanz des Hirnes an allen Stellen bläulichtroth erschien. Bei dem Einschneiden mit dem Messer fühlte sich die Hirnmasse ziemlich consistent an. Auf ihren Schnittflächen bemerkte man aber, wie es bei Blutüberfüllung des Gehiens gewöhnlich der Fall ist, keine Blutpünktchen. In den Hirnhöhlen fand sich kein Fluidum vor, und was das kleine Gehirn anbelangt, so konnte man an demselben, außee der oberflächlichen bläulichten Röthe, nichts Auffallendes entdecken. Bei der sorgfältigsten Untersuchung sämmtlichee Schädelknochen, deren Entwickelung schon weit vorgeschritten war, konnte nicht die geeingste Spur einer Fissur, eines Bruchs, wahrgenommen werden. —

Aus diesem Erfund folgeete das Physikat, daß fragliches Kind reif, lebend und lebensfähig zue Welt gekommen, jedoch alsbald eines gewaltsamen Todes durch Suffocation gestorben sei. Indessen wollte das Physikat die Art, wie der Erstickungstod herbeigeführt worden, in den erwähnten Datrn nicht entdecken können und überließ die Ausmittlung der Ursache der richterlichen Untersuchung. Mit diesem Gutachten erklärte sich der hofgerichtliche Medicinalreferent bis auf den Punkt einverstanden, daß er für den Erstickungstod zu wenig charakteristische Zeichen fand und denselben darum in Zweifel stelle. Er berücksichtigte aber den, vom Physikate nicht beachteten, psychischen Zustand der Inquisitin während und gleich nach ihrer Geburt, in wie fern solchee nämlich dieselbe zu einer Handlung hintrß, welche sie durchaus nicht mit freiem Willen verübte, und welche ihr aus diesem Grunde nicht zugeeechnet weeden dürfe.

Bei dieser Meinungsverschiedenheit mußte nach Maßgabe der landesherelichen Veeordnung vom 1. April 1824 das Superarbitrium der großherzogl. Sanitätscommission eingeholt werden.

Das von dem dortigen Refeeenten abgegebene Gutachten besagt: „Es ist dee Erfahrung gemäß, daß Kreisende nicht selten von einer vorübergehenden Alienation des Geistes befallen werden und daß sie in solchem Zustande Aeußerungen machen und Handlungen begehen, welche keinem Gesetze und keiner Regel gehorchen; es gründet sich diese krankhafte Affektion des Geistes auf eine Rückwirkung des uterus auf den Centraltheil des Nervensystems, und wie wenig die Art und Weise dieser Einwirkung nähee eeklärt werden kann, so ist die Sache selbst so bekannt, daß es heut zu Tag zu deren Bestätigung keiner Zeugnisse aus den Schriften der Gerichtsärzte oder der Geburtshelfer bedarf; eine jede beschäftigte Hebamme vermag dieselbe zu belegen. Wenn nun diese Alienation des Geistes schon zuweilen bei leichten Geburten vorkommt, die sonst regelmäßig verliefen, so findet sie doch häufiger in jenen Fällen Statt, in welchen der präcipitirte Verlauf des Gebärens gewissermaßen den heftigsten körperlichen Schmerz in den kleinsten Zeitraum zusammendeängt. In dem vorliegenden Falle ist nun aber theils durch die Geschichte der Geburt, theils durch die Erscheinungen an dem Kinde daegethan, daß die Geburt eine präcipitirte wae; die Inquisitin, welche ledig, heimlich und hilflos niederkam, bekennt, daß ihr nach der Gebuet, ohne alle vorherige Absicht, sie wisse nicht wie, mit einemmal dee Gedanke gekommen sei, das Kind zu tödten; sie bestätigt gleichsam ihre Aussage durch die Oberflächlichkeit, mit welcher sie das Kind verbirgt oder im Sand vergräbt und die Spuren der überstandenen Geburt beseitigt; — es darf daher mit Recht angenommen werden, daß sie sich in der Zeit der Geburt in einem krankhaften Zustande ihres Geistes befunden habe. Wenn nun dieser krankhafte psychische Zustand der Inquisitin während und gleich nach ihrer Geburt die

Digitized by Google

schon nach wenigem Verhör eingestandene Handlung, die den Tod ihres Kindes beabsichtigte *), als in unfreiem Zustande verübt, darstellen muß, welche darum derselben nicht imputirt werden kann, so ist aber sowohl die Todesart des Kindes selbst nicht bestimmt genug nachzuweisen, noch viel weniger endlich ist die von der Inquisitin verübte Handlung mit dem Statt gefundenen Tode des Kindes in eine ursächliche Verbindung zu bringen; denn der Umstand, daß die Zunge des Kindes anderthalb Linien zwischen dem Ober- und Unterkiefer hervorragte, kann um so weniger als unumstößliches Zeichen gelten, daß das Kind den Erstickungstod gestorben sei, weil es als bloßer Zufall angesehen werden kann, da nicht bemerkt ist, daß die hervorragende Zunge aufgeschwollen wae; weil ferner theils alle anderen Zeichen dieser Todesart fehlen, theils die von dem Physicate dafür gedeuteten Erscheinungen im Gehirn ꝛc. mit jenen des apoplectischen Todes zusammenfallen, und eben so gut auf diesen letzteren deuten dürften. Wäre aber, was nicht mit absoluter Gewißheit darzuthun ist, das Kind wirklich suffocativ gestorben, so läge in den Verhältnissen, unter welchen es geboren wuede, wo es mit dem Gesichte leicht in einee Masse von Blut oder Wasser in dem Bette, noch von schweeem Oberbette bedeckt, zu liegen kommen konnte, leicht die Veeanlassung zu dieser Todesart, welche das kaum begonnene Athmen schnell unterbrechen mußte."

„Die leichten Hautabschärfungen aber, welche an der Seite des Kehlkopfs des fraglichen Kindes aufgefunden wurden, und welchen keine Suggilation der unten liegenden Theile des Halses, keine Eindrückung des Larynx selbst, keine Anhäufung eines blutigen Schleimes in der Luftröhre entsprachen, da die Luftwege unverändert und der Luft vollkommen zugängig beschrieben woeden sind, stehen mit dem, wenn auch suffocativ erfolgten Tode in keiner nachweislich ursächlichen Verbindung." —

Von der großherzoglichen Sanitätscommission wuede sonach im Einverständniß mit dem Antrage ihres Referenten aus den entwickelten Gründen begutachtet:

1) daß die Todesart des Kindes dee A. M. Vetter, ob solche nämlich suffocativ oder apoplectisch Statt gefunden habe, mit absolutee Bestimmtheit nicht nachgewiesen werden könne;

2) daß, wenn solche auf suffocative Weise Statt gefunden habe, sie sich aus den Verhältnissen der Geburt selbst leicht erklären lasse und

3) daß die aufgefundenen leichten Verletzungen am Halse des Kindes und die angeblich auf denselben ausgeübte Gewalt keine nachweislich tödtlichen Folgen herbeigeführt haben, und

4) daß endlich die von der Inquisitin an iheem Kinde verübte Handlung wegen des alienirten Geisteszustandes, in welchem dieselbe bei ihrem Geburtsacte als befangen angesehen werden muß, also in einem unzurechnungsfähigen Zustande begangen, derselben nicht imputirt werden könne *).

Der von Amts wegen für die Inquisitin aufgestellte Vertheidiger suchte, gestützt auf dieses Gutachten, die Meinung geltend zu machen, daß der Richter auch hinsichtlich der Frage über die Zurechnungsfähigkeit unbedingt an den Ausspruch der Kunstverständigen gebunden und daher die entgegengesetzte Ansicht (entwickelt in den Annalen d. J. Nr. 17 **) nicht zu rechtfertigen sei. Mittermaier, Lehre vom Beweis, S. 222. In dem vorliegenden Falle sei aber der Ausspruch der Aerzte besonders noch deswegen unantastbar, weil ohne allen Zweifel die Rückwirkung eines körperlichen Zustandes auf die Seele, nämlich die Wirkung der raschen Geburt, in Frage stehe. Annalen von 1835 S. 53.

Wenn schon die Inquisitin einbekennt, das Kind absichtlich am Halse gedrückt zu haben, so fehle es doch an dem Beweise, daß der Tod desselben eine Folge jenes Deuckes gewesen sei. — Viel wahrscheinlicher sei die Erstickung des Kindes aus Mangel an Hilfe, im Bette der Inculpatin, woraus sich auch erkläre, daß die in der Nähe schlafende Dienstherrschaft keinerlei Scheeien desselben gehört habe. Unter dieser Voraussetzung könne man abee der Inquisitin mehr nicht zur Last legen, als Nachlässigkeit, culpa, in so fern sie dafür hätte Sorge tragen müssen, nicht allein und hilflos niederzukommen. Auch eine absichtlich veeheimlichte Schwangeeschaft sei jedenfalls noch weit entfernt von einer absichtlichen Tödtung des Kindes, obgleich dessen Tod, wie es in vorliegendem Falle gewesen zu seyn scheine, die culpose Folge dee absichtlichen und darum allerdings strafbaren Verheimlichung der Schwangerschaft seyn könne.

Gleichwohl trug der Defensor darauf an, die Inquisitin mit aller Strafe zu verschonen. Allein durch hofgerichtliches Urtheil vom 28. Juli 1837 wurde zu Recht erkannt:

„daß Inquisitin des Versuchs des Kindesmordes für schuldig zu erkläeen und deshalb zu einer Zuchthausstrafe von vier Jahren ***), so wie in die Untersuchungs-

*) Diese Handlung wurde erst im fünften Verhör vom 9. Januar d. J. auf besonderen Vorhalt eingestanden. D. E.

*) Man sehe dagegen Wächter, im Archiv des Criminalrechts, N. F. Jahrg. 1835, erstes Stück S. 71 bis 92. D. E.

**) Eine Erwiederung hierauf findet sich in Nr 36 der Annalen d. J. D. E.

***) Gelinder würde die Strafe nach den §§. 97, 99 und 191 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für Baden, welchee den Kindesmord

Digitized by Google

und Steaferstehungskosten zu verurtheilen, nach erstandener Strafe aber der großherzoglichen Lande zu verweisen sei."

Bei der hofgerichtlichen Deliberation herrschte darüber kein Zweifel, daß sich die Inquisitin der verheimlichten Schwangerschaft und heimlichen Niederkunft schuldig gemacht, und in so fern, als das Kind bei der Geburt ums Leben gekommen, nach §. 62 lit. d. des Strafedicts eine mehrjährige Zuchthausstrafe verwirkt habe. Dagegen war man einstimmig der Ansicht, daß sie der vorsätzlichen Tödtung ihres Kindes nicht fur schuldig erklärt werden könne, weil durch die ärztlichen Gutachten nicht constatirt sei, daß der Tod des Kindes mit der einzigen gewaltthätigen Handlung, welche die Inculpatin an demselben absichtlich verübt zu haben zugestand, nämlich mit dem Druck des Daumens an den Hals, im Causalzusammenhange stehe. Aber auch für die Annahme einer culposen Tödtung konnte man keinen sicheren Anhaltspunkt finden. Hierzu wäre der Beweis von schuldhaften Handlungen oder Unterlassungen erforderlich gewesen, welche das eingetretene Ableben des Kindes zur Folge gehabt hätten. Allein die Kunstverständigen waren nicht im Stande, mit Bestimmtheit auszusprechen, ob das Kind in Folge des unterlassenen Unterbindens der Nabelschnur, durch einwirkende Kälte, oder durch den Druck der Bettdecke oder endlich durch die Behandlung beim Hinaustragen und Begraben gestorben sei? Namentlich hatte in dieser Beziehung der hofgerichtliche Medicinalreferent bemerkt: „Jedenfalls bleibe die gerichtsärztliche Entscheidung der Frage über die Todesart des in Frage stehenden Kindes eine gewagte, da die Erscheinungen einer apoplectischen mit einer suffocativen Todesart an einem Cadaver ohne offenbare Merkmale einer tödtlichen Gewaltsübung beinahe identisch seien, und die Ereignisse, welche eine heimliche Geburt begleiten, unbekannt blieben; denn angenommen, daß einzelne Merkmahle eher für eine Erstickung als für eine andere Todesart sprächen, so sei doch hierdurch noch nicht die Frage entschieden, ob die Erstickung absichtlich durch Handlungen der Mutter oder durch ungünstigen Zusammentritt eines oder mehrerer, eine hilflose Geburt begleitenden Ereignisse, oder von dem Willen der Mutter unabhängigen Umstände herbeigeführt worden sei."

Damit stimmt auch das Gutachten der großherzoglichen Sanitätscommission überein, welches dem zu fällenden Erkenntnisse unbedingt zum Grunde gelegt werden mußte.

Es bildet demnach das im Verhör vom 9. Januar abgelegte Geständniß die Grundlage des Urtheils in Ansehung des subjectiven Thatbestandes; denn ist auch nicht erwiesen, daß die von der Angeschuldigten in der Absicht ihr Kind zu tödten unternommene Handlung den bezweckten Erfolg wirklich hatte, so sind doch alle Voraussetzungen eines ins Werk gesetzten Versuchs vorhanden, und zwar eines so nahen Versuchs, daß solcher auf die Stufe einer vermeintlich vollführten That gestellt werden kann.

In Anbetracht jedoch, daß nur ein augenblicklich gefaßter Vorsatz als zugestanden vorliegt, die Verheimlichung der Schwangerschaft, verbunden mit der hilflosen Niederkunft, aber nach Artikel 131 c. c. c. gegen die Inquisitin nur den Verdacht, ihr Kind getödtet zu haben, begründet, wurde die durch obiges Urtheil erkannte Strafe darum für angemessen erachtet, weil die bei dem vollendeten Kindsmord zuläßigen Milderungsgründe bei dem vorwüesigen Versuch, um so eher in die Wagschale gelegt werden durften, als die Zurechnung, wenn auch nicht ganz aufgehoben, doch gemindert schien. Da die Prüfung des hier angeregten Punktes zugleich mit in die Beurtheilung des subjectiven Thatbestandes eingreift, welche nur dem Richter zusteht, so warf sich die Frage auf, welcher Werth dem Gutachten der Sanitätsbehörde beizulegen sei? Hierüber ward bemerkt:

„Würde das Gutachten unbedingt dahin sich aussprechen, daß alle Gebärenden bei der Geburt und eine Zeit lang nachher in einem alterirten Geisteszustande sich befinden, und somit dieses auch bei der Inculpatin der Fall gewesen seyn müsse, so dürfte der Richter auf jenen Ausspruch kein besonderes Gewicht legen, weil er mit den, ihm zur Befolgung vorliegenden positiven Gesetzen im Widerspruch stünde. Es würde nämlich aus jenem Ausspruche folgen, daß keine Mutter in der ersten Zeit nach der Geburt ein Verbrechen verüben könnte, womit der in den Strafgesetzen als Verbrechen aufgeführte Kindsmord, welcher von der Mutter nur unmittelbar nach der Geburt

---

nicht mehr mit dem Tode bedroht, in so fern ausgefallen seyn, als der nächste Versuch, weil der Entschluß zur Tödtung erst nach der Entbindung gefaßt wurde, höchstenfalls mit einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren belegt werden könnte. D. E.

(Die Strafe des vollendeten Kindesmordes ist nach dem neuen Entwurfe §. 191, wenn der Entschluß erst nach der That gefaßt wurde, Zuchthaus von drei Jahren (§. 14) bis zu acht Jahren. Die Strafe des nächsten Versuchs ist nun geringer (§. 89), beträgt hier jedoch wenigstens ein Viertel der Strafe des vollendeten Verbrechens. §. 99.

Wäre nun im Fall der Vollendung nach den Umständen des speciellen Falles zwischen dem niedersten und dem höchsten Maße von drei und acht Jahren etwa auf sechs Jahre Zuchthaus zu erkennen gewesen, so dürfte, weil statt des vollendeten Verbrechens nur der nächste Versuch vorliegt, nach §. 99 bis auf ein und ein halbes Jahr Zuchthaus, oder, da nach §. 14 das Zuchthaus nicht unter drei Jahren erkannt werden darf, nach §. 100, vergl. mit §. 136 bis auf drei Jahre Arbeitshaus herabgegangen werden. D. R.)

Digitized by Google

verübt werden kann, von selbst aufhören müßte, ein Verbrechen zu seyn, weil die in einem alienirten Geisteszustand begangene That den gedachten strafrechtlichen Charakter verliert *). — Dieser Widerspruch mit den Strafgesetzen liegt aber nicht in dem obgedachten Gutachten; denn es wird darin zwischen einer normalmäßigen Geburt und einer regelwidrigen (hier einer allzuschnell verlaufenden) unterschieden, von letzterer behauptet, daß sie bei der Inculpatin vorgekommen, und dadurch, wie dieses bei derartigen Geburten sehr häufig der Fall sei, ihr Geisteszustand eine krankhafte Störung erlitten habe."

„Die Regel, welche das Strafgesetz aufstellt, setzt aber bei demjenigen, welcher ihm verfallen soll, immer ebenfalls einen regelmäßigen, physischen und psychischen Zustand voraus, der übrigens vermuthet wird."

„Die Frage: ob eine Geburt normalmäßig verlaufen sei oder nicht? betrifft einen Gegenstand, den der Richter, welcher nicht selbst Geburtshelfer ist, nicht beurtheilen kann. Da nun die großherzogliche Sanitätscommission, in Uebereinstimmung mit ihrem Referenten, nach der ihr duech die Verordnung vom 1. April 1824 angewiesenen Stellung jene Frage entschieden hat, so muß der Richter es nunmehr als eine ausgemachte Thatsache ansehen, daß die Geburt der Inculpatin eine präcipitirte, eine regelwidrige war."

„Auch die weitere Frage, ob bei solchen Geburten, welche keinen normalen Verlauf haben, die Gebärenden Seelenstörungen zu erleiden pflegen? kann nue derjenige entscheiden, dem technische Kenntnisse und Erfahrungen zur Seite stehen; auch hierwegen muß daher der Richter dem Gutachten des Gerichtsarztes vollen Glauben schenken. Wenn nun hiernach bei präcipitirten Geburten jene Seelenstörung sehr häufig vorkömmt, so muß dieses der Richter ebenfalls als gewiß annehmen. Ob aber eine solche bei dem Gebären der Inculpatin vorgekommen, müßte, da kein Arzt oder sonstiger Beobachter zugegen gewesen, aus den Umständen erklärt werden. Die großherzogliche Sanitätscommission glaubt aus letzteren den Schluß ziehen zu müssen, daß jenes der Fall gewesen sei. Sie baut aber hier ihren Schluß nicht blos auf die vorausgeschickten, allein zu ihrer Würdigung geeigneten Sätze, sondern nimmt auch noch die actenmäßigen Erklärungen und Behauptungen der Inculpatin selbst mit zur Grundlage. In dieser Beziehung befindet sie sich aber wieder auf einem zugleich dem Richter zugänglichen Boden, weshalb auch ihre nicht auf eigene Beobachtung des individuellen Falls allein sich stützende Annahme, daß vielleicht die Inculpatin bei und nach der Geburt in einem alienirten Zustande sich befunden habe, nicht vom Richter für unumstößliche Wahrheit gehalten werden muß, sondern seiner Kritik unteeliegen würde. Vergleicht man nun die Erklärungen der Inculpatin über die Ereignisse bei und nach der Geburt, so findet man, daß Angst und Schrecken sich ihrer bemächtigten und daß Gedanken in ihr aufstiegen, über welche sie sich keine Rechenschaft zu geben vermochte *). Zieht man aber dagegen in Betracht, daß die Schmeizen der Geburt nach den eigenen Angaben der Inculpatin nicht heftig gewesen sind, indem sie sagt: als sie das erste Zwicken im Bauche gespürt, sei das Kind gleich auf der Stelle hinausgeschossen, die Geburt sei leicht von Statten gegangen ꝛc., so ist die Unterstellung der Gerichtsärzte, daß das Zusammendrängen heftiger Schmerzen in einem kurzen Zeitraum einen abnormen Geisteszustand zu erzeugen geeignet sei, bei der Leichtigkeit der Geburt der Inculpatin hier um so weniger anwendbar, als diese Geburt ihre zweite gewesen ist, welche der Erfahrung gemäß mit geringeren Schmeezen von Statten zu gehen pflegt, als die erste. Die Inculpatin eezählte auch in den Verhören, daß sie augenblicklich nach der Geburt das Kind zu sich heraufgenommen habe, damit es nicht im Wasser ersticke; daß sie das Kind mit der Hand von der Nabelschnur getrennt, daß sie sodann eine Schürze, die auf einem Stuhle neben dem Bette gelegen, genommen und das Kind hineingewickelt habe, um es vor Kälte zu schützen und dergl. — Auch ihr Benehmen bei und nach der Geburt zeigt nicht eine Spur von Geistesalienation, vielmehr Spuren von Besonnenheit. Sie wußte den ganzen Act der Geburt und

*) Die §§. 191 und 192 des gedachten Entwurfs erkennen nur an, daß in der Regel die Zurechnung einer Gebärenden vermindert sei, und drohen darum im Allgemeinen geringere Strafen, als auf andere Tödtungen. Wäre aber nach dem heutigen Stand der Wissenschaft jede Gebärende für zurechnungslos zu halten, so hätte der Gesetzgeber den Kindsmord aus der Reihe der Verbeechen ausstreichen müssen. D. E.

*) Lezteres ist wohl keine seltene Erscheinung. Die Gedanken entstehen und veegehen oft wie Seifenblasen. Wie manche Erfindung verdankt einem Zufall ihe Daseyn, da der Erfindee sehe häufig selbst nicht weiß, wie er auf die Idee gekommen. Dennoch ist der psychische Zustand, in welchem sie auftaucht, kein keankhafter. In dem Verhöe vom 3. Januar halte die Inquisitin als Geund, waeum sie nicht sagen könne, ob das Kind nach der Geburt gelebt habe, Angst und Schrecken bei dee Entbindung vorgeschützt. Allein abgesehen davon, daß dieser Seelenzustand nicht unwahrscheinlich durch die Fuecht vor dee Entdeckung heebeigeführt wurde, so stellt ee sich in der Folge als ein bloßer Vorwand dar, welcher den Zweck hatte, das Nichtwissen der Inquisitin über das Leben des Kindes nach der Geburt zu beschönigen, indem dieselbe in dem späteen Verhöee vom 9. Januae unumwunden eingestand, daß ihr Kind bei der Geburt und nachher noch gelebt habe. D. E.

Digitized by Google

das Hinaustragen des Kindes durch das Schlafzimmer ihrer Dienstherrschaft so still und geräuschlos zu vollziehen, daß diese, während es schon an der Zeit zum Aufstehen war, in welcher man leichter aus dem Schlafe geweckt zu werden pflegt, hievon nicht das Mindeste bemerkte. Sie verbarg die blutigen Tücher unter die Bettdecke, und einen Blutklumpen in eine alte Haube und diese unter das Bett. Sie wickelte das Kind, als sie solches hinaustrug, in eine Schürze, um, im Falle sie betreten werden sollte, vor der Entdeckung sicher zu seyn; sie wählte den abgelegensten Platz in der Hofraithe zum Vergraben des Kindes, welches letztere sie sorgsam vollzog *). Sie sprach, als sie ganz unmittelbar nach der That im Stalle angeredet wurde, verständig und setzte ihr Läugnen, schwanger zu seyn, oder schwanger gewesen zu seyn, consequent fort; sie zeigte überhaupt am Tage ihrer Niederkunft eine physische Gesundheit, wie sie selten bei einer Frauenspersou in gleichen Umständen getroffen werden wird." —

Dies sind die Gründe, aus welchen der Gerichtshof sich bewogen fand, das Geständniß für vollbeweisend und glaubwürdig anzunehmen und die Inculpatin im Allgemeinen für zurechnungsfähig zu erklären. Bayer.

II.

Beitrag zur Lehre vom Dienstverding; insbesondere die Anwendung der Dienstbotenordnung bei Klagen auf Erfüllung eines solchen betreffend.

Das Landrecht zählt in L. R. S. 1780 u. ff. die Verdingung der Dienstboten und Arbeiter, als Species des Dienstverdings, unter die Miethverträge.

Alle Klagen auf Vertragserfüllung sind zur Verhandlung und Entscheidung vor die ordentlichen Gerichte gewiesen und von denselben in der in der Prozeßordnung vorgeschriebenen Form zu erledigen, in so weit nicht das Organisationsedict von 1809, Beilage D. §. 8 eine Ausnahme statuirt.

Unter die daselbst aufgezählten Fälle gehören aber Klagen auf Erfüllung eines Dienstbotenverdings nicht.

Bald nach Publication des Landrechts erschien zwar die Dienstbotenordnung vom 15. April 1809 (Regierungsblatt Nr. XIX.), und diese bestimmte in §. 69:

„Die Entscheidung der in Dienstbotensachen entstehenden Streitigkeiten ist in Städten dem Magistrat und auf dem Lande dem Ortsvorgesetzten, mit Vorbehalt des Recurses an die Beamtungen, übertragen, welche derlei Streitigkeiten auf das Schleunigste und längstens binnen drei Tagen zu erledigen haben."

Allein diese Dienstbotenordnung ist von dem großherzogl. Ministerium des Innern erlassen und enthält keine Erwähnung, daß ihr die Genehmigung des Staatsoberhaupts ertheilt worden sei. Sie hat daher nicht die Kraft eines Gesetzes, und da das Ministerium des Inneen nur Verwaltungs- und respective obere Polizeibehörde ist, so ist jene Verordnung nur in so weit von Belang, als sie polizeiliche Bestimmungen enthält. Sie ist dagegen für die Gerichte bei Klagen auf Erfüllung eines Dienstbotenverdings nicht bindend, da keine allgemein verpflichtende landesherrliche Verordnung (die bürgerliche Gesetzgebung abändernd) vorschreibt, daß Klagen der gedachten Art blos polizeitich behandelt oder vor andere, als die bei sonstigen Civilklagen competenten Behörden verwiesen werden sollen. —

Das Gegentheil hiervon läßt sich überdies aus §. 673 Abs. 5 der Prozeßordnung entnehmen, welche Streitigkeiten der mehrgedachten Art, als der Competenz der gewöhnlichen Gerichte unterliegend, voraussetzt, und für sie die Behandlung nach denjenigen Regeln gebietet, welche füe das abgekürzte Verfaheen vorgezeichnet sind.

Hiernach gehören Klagen auf Erfüllung eines Dienstbotenvertrags in erster Instanz:

1) vor das Hofgericht in den, in dem Edict vom 21. März 1812 (Regierungsblatt Nr. XIV.) und dem Edict vom 28. December 1815 (Regierungsblatt 1816 Nr. III.) genannten Fällen, wenn nämlich der Beklagte einen befreiten Gerichtsstand anzusprechen hat;

2) sonst nach Beilage C. §. 10 des Oeganisationsedicts von 1809 vor die Aemtee, und es könnte

3) nur in dem einzigen Falle die Competenz des Bürgermeisters eintreten, wenn der Beklagte nicht in die Classe der s. g. amtssäßigen Personen gehört, auch sonst keinen befreiten Gerichtsstand anzusprechen hat, und an ihn zur Erfüllung des Vertrags nichts weiter, als die Summe von 5 fl. resp. 15 fl. (Organisationsedict von 1809 Beilage B, §. 7 d) gefoedert wird.

In letzterm Falle gründet sich aber die Competenz des Bürgermeisters auf die eben angeführte Stelle des Organisationsedicts und nicht auf die Dienstbotenordnung. —

4) Auch durch Prorogation würde der Bürgermeister in andern Fällen keine Competenz erlangen; denn nach §. 32 der Prozeßordnung können nur ordentliche bürgerliche Gerichte im Wege der Prorogation eine Zuständigkeit erlangen; der Bürgermeister hat aber durch die Gesetze nur die beschränkte Befugniß erhalten, der Entscheidung geringfügiger Streitigkeiten sich zu unterziehen; es ist dieser Auftrag ein Nebengeschäft des Gemeindebeamten, sein Forum gehört daher nicht in die Klasse der ordentlichen bürgerlichen Gerichte. Kirn.

*) Insbesondere ist bemeekenswerth, daß sie die Schürze zurücknahm, weil sie noch ganz neu war; denn dies beurkundet ein ungetrübtes Reflectionsvermögen, um so mehe, als sie noch ferner angab, daß sie, um das Kind einzuwickeln, einen alten Lumpen hätte nehmen wollen, den sie aus Versehen in der Kammer liegen gelassen habe!

D. E.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 46. | Karlsruhe den 18. November 1837.

I.

1. Kann auch wegen Nichtangabe oder unvollständiger Anführung der Thatsachen, woraus die Prozeßart, in welcher der Streit zu verhandeln ist, beurtheilt werden soll, angebrachtermaßen abgewiesen werden?
2. Kann der Richter eine Klage angebrachtermaßen abweisen, wenn aus derselben hervorgeht, daß er in der Sache selbst nicht competent ist?

In dem ersten der beiden folgenden Fälle hat der Unterrichter erkannt: „die Klage findet hier nicht Statt" während er die Klage angebrachtermaßen hätte zurückweisen sollen. Im andern Falle dagegen hat der Unterrichter angebrachtermaßen abgewiesen, während er hätte erkennen sollen: „die Klage findet hier nicht Statt."

1.

Der großherzogl. Fiskus hat beim Amte Schw. eine Klage auf Entschädigung gegen den Steuermann H. erhoben, weil er mit dem Dampfschiffe „Stadt Mainz" auf einen in dem Bezirke dieses Amtes im Rhein gelegenen herrschaftlichen Sprengnachen gestoßen sei und dadurch denselben bedeutend beschädigt, namentlich die eine Seite desselben zertrümmert habe. Die Ursache dieser Beschädigung wird vom Kläger in der ungeschickten und fahrlässigen Führung des Ruders durch den Beklagten gefunden und darum das Amt Schw., als das durch §. 21 der Prozeßordnung begründete Forum, in Anspruch genommen. Weder in der Klage, noch in spätern Vorträgen des Klägers ist angegeben, wie groß der Betrag der geforderten Entschädigung sei, und im Schlußbegehren wird blos um die Verurtheilung des Beklagten zur Entschädigung des Klägers, vorbehaltlich besonderer Liquidation, gebeten. Die Behauptung des Klägers, daß der Ort der Beschädigung in dem Gerichtsbezirk des Amtes Schw. liege, ward vom Beklagten widersprochen; einen Beweis darüber hatte der Kläger mit der Klage nicht angetreten. Vom Beklagten ward gebeten, den Kläger angebrachtermaßen oder definitiv abzuweisen, ersteres darum, weil ein Klagbegehren ohne bestimmte Bezeichnung des Betrags der Entschädigungsforderung mit einer vorbehaltenen diesfallsigen Liquidation nach der neuen Prozeßordnung nicht statthaft sei. Auch aus den Vorträgen des Beklagten war über die Größe des Schadens nichts zu entnehmen.

Das Amt erkannte, „die Klage findet hier nicht Statt." Der Kläger führte hiergegen die Berufung (da die Prozeßordnungsnovelle noch nicht eeschienen war) aus, und stützte sie lediglich auf die Behauptung, daß der Unterrichter vorerst auf Beweis hätte erkennen sollen. Mit der Beschwerde trat er zugleich den Beweis über die bestrittene Thatsache an, welchem nun freilich schon wegen §. 1233 der Prozeßordnung keine Folge gegeben werden konnte. Es ward um Erlassung dieses Beweiserkenntnisses gebeten, und in der Hauptsache das Klagbegehren wiederholt. Der appellatische Anwalt erklärte, daß er das amtliche Erkenntniß nicht vertheidigen wolle, glaubte aber fortan, daß angebrachtermaßen abzuweisen sei, und verwahrte sich gegen die Kosten um so mehr, als sein Principal nicht begehrt habe, daß so erkannt werden solle *). Das groß-

*) Dies fällt auf. — Hat nämlich der Beklagte, da einmal Ladung erkannt war, bei seiner Vernehmlassung die Einrede der Unzuständigkeit des Amtes Schwetzingen nicht vorgeschützt, so gilt der Gerichtsstand dieses Amtes nach §. 35 der Prozeßordnung als prorogirt, und das Amt hätte mit Unrecht nach §. 357 die Klage als „hier nicht Statt findend" verworfen.

Ohne weitere Erörterung der Frage: ob das Amt Schwetzingen an und für sich zuständig gewesen wäre, ob namentlich der Ort der Beschädigung im dortigen Bezirke gelegen, und ob dies erwiesen, oder der Beweis dafür angetreten oder versäumt, auch ob die zu einer unmittelbaren Klage beim Bezirksamt erforderliche Summe vorhanden sei? — hätte in dem unterstellten Falle die Zuständigkeit nach §. 35 als vorhanden angenommen werden müssen. Die Beschwerde

Digitized by Google

herzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises änderte das amtliche Erkenntniß dahin ab:

daß Kläger, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen, angebrachtermaßen abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung 1) daß der großherzogliche Fiskus sich darum beschwert, weil der Unterrichter, ohne vorerst über die Frage: ob der Ort, an dem die behauptete Beschädigung des herrschaftlichen Sprengnachens durch das vom Beklagten gesteuerte Dampfschiff vorfiel, in dem Distrikt seines Amtes gelegen sei, auf Beweis zu erkennen, die Klage als vor ihm („hier") nicht Statt findend erklärte;

2) daß jedoch der Unterrichter nur unter der Voraussetzung über diese Thatsache vorerst auf Beweis zu erkennen verbunden war, daß der behauptete und vom großherzogl. Fiskus gerichtlich verfolgte Schaden den zum ordentlichen Verfahren erforderlichen Betrag erreiche;

3) daß dies aber weder in der Klage noch in einem spätern Vortrag des Klägers behauptet, vielmehr dieser Punkt ganz mit Stillschweigen übergangen wird, daß sich daher auch der großherzogl. Fiskus mit Grund nicht beschweren kann, wenn der Unterrichter ein Erkenntniß erließ, das wenigstens nach einer der Prozeßformen (der abgekürzten), unter welchen ihm durch die Unbestimmtheit der Klage die Wahl gelassen wurde, als gerechtfertigt dasteht, §. 674 der Prozeßordnung, zumal es sich durchaus nicht von selbst versteht oder als notorisch angenommen werden kann, daß die Beschädigung eines Sprengnachens von der in der Klage bezeichneten Art über 100 fl. betrage, ja sogar nicht einmal die zur Kompetenz des Amts nöthige Summe mit völliger Sicherheit unterstellt werden kann *);

4) daß jedoch aus den Acten auch noch nicht hervorgeht, daß der fragliche Ort außerhalb des Bereichs des Amtes Schw. liege oder der verlangte Schaden nicht wenigstens die zur amtlichen Kompetenz erforderliche Summe erreiche, und daß, falls das amtliche Erkenntniß in Rechtskraft erwüchse, der großherzogl. Fiskus, auch wenn er das Gegentheil zu erweisen im Stande wäre, mit seiner Ansprache bei diesem Forum gar nicht mehr auftreten könnte, daß ihm daher die Abweisung „angebrachtermaßen" jedenfalls weniger ungünstig, und streng genommen bei der die Abweisung allein begründenden Unvollständigkeit der Klage auch die sachgemäßere Abweisungsform ist;

In Erwägung 5) daß somit der Abänderung nach dieser Form der §. 1167 der Prozeßordnung um so weniger entgegensteht, als in dem Mehr des Beschwerdebegehrens auch das Weniger enthalten ist, daß nebstdem auch der Appellat den Antrag auf diese Abweisungsart gestellt hat, wenn er gleich dies nicht in einer förmlichen Adhäsionsbeschwerde that, und daß endlich der nur unbestimmt und ohne Vorlage einer Specialvollmacht (§. 112) in der Appellationseinredeschrift ausgesprochene Verzicht auf die Vertheidigung des amtlichen Erkenntnisses hierin nichts ändern kann.

Aus diesen Gründen, und nach Ansicht der §§. 247, 359 und des §. 169 der Prozeßordnung hinsichtlich der Kosten wurde ꝛc. *)

2.

Adv. Z. klagte gegen W. R., welchen er in der Klage (Rubrum) selbst als nun in Stuttgart wohnhaft aufführte, bei dem Stadtamte Mannheim 93 fl. 41 kr. Deserviten aus verschiedenen Prozessen ein, welche er für denselben während seines frühern Aufenthalts in Mannheim geführt haben will. Das Stadtamt wies den Kläger angebrachtermaßen ab, weil es den faktischen Klaggrund nicht deutlich und bestimmt genug fand; worauf diese Bemängelung sich stützte, und ob sie gegründet war, ist hier gleichgültig. Kläger fand sich beschwert und führte,

---

des Fiskus wäre also gegründet erschienen, es wäre Ladung zu erkennen und die Sache nach §. 1238 Abs. 2 zur weitern Verhandlung an den Unterrichter zurückzuweisen gewesen. D. R.

*) Es erhob sich bei der Berathung auch das Bedenken, ob nicht etwa der Richter sich mit einer Vermuthung, die für die Regel, d. i. das ordentliche Verfahren streite, helfen könne. Man verneinte aber die Frage aus dem Grunde, weil ein solches Verfahren den Vorschriften des Prozeßgesetzes zuwider wäre, welches überall Bestimmtheit und Vollständigkeit als formelles Erforderniß der Klage vom Kläger verlangt, es auch offenbar zu bedenklichen Folgen führen dürfte, wenn man durch Vermuthungen, die später durch die Wirklichkeit widerlegt werden könnten, sich die Grundlage für den Prozeß bauen wollte. Z.

*) Da der Unterrichter wegen Unzuständigkeit nach §. 357 die Ladung versagte, oder auf die Einrede der Unzuständigkeit hin die erkannte Ladung wieder aufhob, so war das vom Kläger dagegen ergriffene Rechtsmittel eine Appellation gegen versagte Ladung, worüber die §§. 1230—1238 maßgebend sind. Der Oberrichter konnte also nur entweder nach §. 1237 das amtliche Erkenntniß bestätigen, oder nach §. 1238 die vom Amt versagte Ladung zulassen. Ein Drittes gestattet das Gesetz nirgends, und eine Aufhebung des Erkenntnisses über die Zuständigkeit mit Vorbehalt eines neuen Verfahrens vor dem Unterrichter (wie dies im Verwerfen der Klage „angebrachtermaßen" liegt), findet hier eben so wenig Statt, als nach §. 1223 bei Endurtheilen. Der Oberrichter muß über die vom Unterrichter einmal entschiedene Frage ja oder nein sagen, und wenn er wegen Unklarheit oder Unvollständigkeit des thatsächlichen Vortrags dazu nicht im Stande ist, so mag er nach §. 338 und ff. die geeigneten Fragen stellen, oder das, was nicht angegeben ist, als nicht vorhanden annehmen und darnach erkennen. D. R.

Digitized by Google

da inzwischen die Prozeßordnungsnovelle verkündet worden war, das Rechtsmittel der Beschwerde aus. Das Hofgericht erkannte:

die Beschwerde sei, unter Verfällung des Beschwerdeführers auch in die Kosten der zweiten Instanz, zu verwerfen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung 1) daß das angefochtene stadtamtliche Erkenntniß vom 22. Juni d. J. die Klage angebrachtermaßen abweist, weil es ihr an deutlicher und vollständiger Anführung der Thatsachen, worauf sie gegründet wird, fehle;

In Erwägung 2) daß der Richter, um irgend ein Erkenntniß, sei es über das Materielle oder Formelle einer Klage, geben zu können, vorerst competent seyn muß, daß er somit ohne dieses Erforderniß auch nicht angebrachtermaßen abweisen kann, außer in dem Falle, wenn die Thatsachen, welche die Competenz begründen sollen, selbst an den gerügten Formfehlern leiden würden;

In Erwägung 3) daß letzteres hier nicht der Fall ist, indem der Kläger in seiner Klage ganz deutlich sagt, daß er gegen den nun in Stuttgart wohnenden Beklagten Deserviten aus früher für ihn geführten Prozessen einklage und daß er darum das großherzogl. Stadtamt dahier als konneres Forum für competent halte, weil die Hauptprocesse bei demselben verhandelt worden seien;

In Erwägung 4) daß also nach des Klägers eigener Angabe des Beklagten allgemeiner Gerichtsstand, zufolge §. 7 der Prozeßordnung, nicht dahier und überhaupt nicht im Inlande ist, daß aber auch der von ihm behauptete besondere Gerichtsstand der Connexität hier nicht begründet erscheint, indem seine Deservitenforderung weder als Nebensache im Sinne des §. 31 der Prozeßordnung zu betrachten ist, noch unter den §. 175 der Prozeßordnung paßt, als welcher nur von liquidirten Kosten-Ersatzforderungen handelt, welche Eigenschaft der eingeklagten Forderung offenbar nicht zukommt, daß also das Stadtamt M. nicht competent für diese Sache ist;

In Erwägung 5) daß der Richter nach §. 54 der Prozeßordnung auch ohne Parteiantrag über seine Competenz zu erkennen hat *);

In Erwägung 6) daß hiernach der Kläger auf keinen Fall durch das stadtamtliche Erkenntniß beschwert erscheint (§. 357 der Prozeßordnung);

Aus diesen Gründen ꝛc.

Mit dem fünften Entscheidungsgrund schlossen sich die vom Referenten beantragten Motive hinsichtlich der Hauptsache, und sein Urtheilsantrag lautete so: „der Bescheid des Stadtamts sei dahin abzuändern: die Klage finde hier nicht Statt, und sei Beschwerdeführer in die Kosten beider Instanzen zu verfällen.“ Die Majorität war der Ansicht, daß der Oberrichter nach Maßgabe des §. 1167 der Prozeßordnung blos die Beschwerde prüfen, und sie, wenn sie nicht gegründet erfunden werde, verwerfen, nicht aber auf die beantragte Weise abändern könne, weil darum nicht gebeten sei und man sonst gegen den §. 1167 der Prozeßordnung verstoße. Es wird nicht wohl bezweifelt werden können, daß auch diese Entscheidungsform durch die Nachweisung der Incompetenz gerechtfertigt ist, weil Derjenige, welcher gar kein Recht hat, einen Richter anzugehen, nicht beschwert seyn kann, wenn er auf irgend eine Weise von ihm abgewiesen wird. Allein die angemessenere Form der Abweisung möchte doch wohl diejenige seyn, welche sich als eine direkte gesetzliche Folge der Incompetenz (§. 357) darstellt, und der §. 1167 der Prozeßordnung dürfte darum den Oberrichter nicht hindern, auch ohne Antrag einer Partei so zu erkennen und beziehungsweise abzuändern, weil nach §. 54 der Prozeßordnung der Richter immer von Amtswegen über seine Competenz zu erkennen hat, es somit in zweiter Instanz so wenig auf einen Antrag der Parteien ankommen und die richterliche Entscheidung davon und von der Rücksicht, ob der Beschwerdeführer dadurch schlimmer gestellt werde, abhängig gemacht werden kann, als in erster Instanz. Wer wollte aber bezweifeln, daß der Richter im vorliegenden Falle sogleich auf die Klage, wo doch an einen derartigen Antrag gar nicht zu denken war, also hätte erkennen können. Uebrigens wird die beantragte Entscheidung, streng genommen, auch nicht einmal eine reformatio in pejus genannt werden können, weil der auf solche Gründe hin angebrachtermaßen Abgewiesene so thöricht als erfolglos handeln würde, wenn er nochmals mit einer verbesserten Klage bei demselben Amte aufträte; er wäre ja nie im Stande, die nöthige Verbesserung zu liefern, folglich ist die Wirkung ganz gleich *). Dr. Zentner.

*) Der §. 51 sagt hiervon nichts, wohl aber der §. 252. Nach §. 54 hat der Richter wohl über seine Zuständigkeit selbst zu erkennen, ohne die Entscheidung darüber (den dortigen Ausnahmsfall vorbehalten) von einer andern Behörde einholen zu müssen; ob er aber einen Antrag des Beklagten abzuwarten, oder ohne einen solchen sogleich bei der Verfügung auf die Klage auch von Amtswegen über seine Competenz zu erkennen habe, ist dort nicht gesagt. Dagegen bestimmt der §. 252 dies ausdrücklich. D. R.

*) Ich hätte weder mit dem Referenten, noch mit der Majorität gestimmt.

Die Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen nach §. 359 ist beim schriftlichen Verfahren das nämliche, was beim mündlichen Verfahren die im §. 248 erwähnten Fragen und Vorbescheide sind. Es sollen durch beides nur formelle Mängel des Klagvortrags ge-

Digitized by Google

II.

Ueber mündliches Referiren in Strafsachen.

Bei dem Hofgericht des Mittelrheinkreises besteht seit einiger Zeit die Uebung, daß in s. g. minder wichtigen Strafsachen, z. B. über Ehrenkränkungen, Defraudationen, geringere Diebstähle und Verwundungen, nur mündlich referirt wird. Dieses Verfahren soll vom großherzogl. Justizministerium nicht nur gebilligt, sondern sogar empfohlen worden seyn. Es möchten sich aber doch erhebliche Bedenken dagegen vorbringen lassen.

In dem Augenblicke, wo man einem auf den Grundsatz der Oeffentlichkeit gebauten Strafprozeßgesetz entgegensieht, scheint es bedenklich, einen Uebergang zu wählen, welcher die Garantieen des alten Verfahrens aufgiebt, ohne neue an deren Stelle zu setzen. Die hauptsächlichsten Garantieen des bisher üblichen schriftlichen oder geheimen Verfahrens bei den Hofgerichten sind aber der *schriftliche Vortrag des Referenten* und *die Aufstellung eines Legenten*.

Der schriftliche Vortrag gewährt einige Sicherheit. Im Allgemeinen wird man annehmen dürfen, daß bei dem Niederschreiben mehr Gründlichkeit angewendet wird, als bei der mündlichen Darstellung. Bei letzterer findet der Referent, wenn er eines Irrthums zufällig überwiesen wird (ein Fall, der selten vorkommen möchte), in der Untreue des Gedächtnisses eine nicht abzuweisende Entschuldigung. Bei dem schriftlichen Actenauszug ist ein Irrthum, oder auch, was immer denkbar ist, eine absichtliche Entstellung nicht so leicht möglich, und kann jederzeit entdeckt und gerügt werden. Der Angeschuldigte, sein Anwalt und die höheren Behörden können sich überzeugen, auf welche Darstellung des Ergebnisses der Untersuchung hin ein Urtheil gefällt wurde. Die Entscheidungsgründe, welche *nach* Fällung des Urtheils gefertigt werden, enthalten in der Regel mehr rechtliche Gutachten als faktische Darstellungen, letztere insbesondere nur mit wenigen Worten und ohne genaue Angabe der Verhöre und Zeugenaussagen.

Die Aufstellung eines Legenten ist ebenfalls eine Garantie, welche das bisherige Verfahren gewährte. Man verlangte, daß noch ein Mitglied des Gerichtshofs außer dem Referenten die Acten lese, und mit der Darstellung des letzteren vergleiche. Dieß war doch etwas. Wenn auch nicht alle Mitglieder des Gerichts unmittelbare Kenntniß der Acten erhielten, so waren doch zwei Mitglieder verpflichtet, sie zu lesen.

Jetzt aber wird kein schriftlicher Vortrag erstattet, und außer dem Referenten liest Niemand die Acten. Der Gewissenhaftigkeit, Einsicht, Darstellungsgabe und dem, gewiß nicht immer zuverläßigen Gedächtnisse *eines* Richters ist Freiheit, Ehre und Vermögen des Bürgers anvertraut. Während man in einem Civilprozesse über fünfzig Gulden den Betheiligten Gelegenheit giebt, sämmtlichen Richtern die Thatsachen und Rechtsausführungen öffentlich vorzutragen, wird über die wichtigsten und heiligsten Rechte bei verschlossenen Thüren und auf mündlichen Vortrag *eines* Richters geurtheilt.

Diese neue Einrichtung hat zwar eine gute Seite, welche ihr auch wohl allein Beifall verschafft hat; es wird an Gerichtshöfen dabei Zeit gewonnen. Allein dieser Vortheil kömmt wohl dem Ganzen, aber nicht dem einzelnen Angeschuldigten zu gut und gewährt ihm keinen Ersatz für die entzogene Rechtssicherheit. Der Geschäftsüberhäufung der Gerichtshöfe könnte für die, hoffentlich nur noch kurze Zeit bis zur Einführung des neuen Strafprozesses, auf anderem Wege, etwa durch Vermehrung der Mitglieder oder außerordentliche Aushülfe, abgeholfen werden, ohne daß man nöthig hätte, die Schnelligkeit der Rechtspflege auf Kosten der Rechtssicherheit zu befördern.

---

rügt und deren Verbesserung dem Kläger aufgegeben, beziehungsweise ihm überlassen werden, unter Verbesserung jener Mängel die Klage von Neuem anzubringen.

Auf eine gegen eine solche Auflage oder bedingte Abweisung ergriffene Beschwerde hat also der Oberrichter nur zu entscheiden, ob der gerügte Mangel wirklich ein solcher sei, ob also dem Kläger die Verbesserung desselben durch Vorbescheid (§. 248) oder in der Form einer Abweisung *angebrachtermaßen* (§. 359) aufgegeben werden konnte. Darauf hat sich die Erledigung der Beschwerde zu beschränken, sich aber auf andere etwa mögliche Gründe der Abweisung (sei es nach §. 357 wegen Unzuständigkeit, oder nach §. 358 wegen Grundlosigkeit der Klage, oder nach §. 360 wegen zeitlicher Unstatthaftigkeit derselben), keineswegs einzulassen, vielmehr das Erkenntniß in allen diesen weitern Beziehungen dem Richter erster Instanz zu überlassen.

Nach meiner Meinung hätte daher das Hofgericht, wenn es die vom Stadtamt M. gerügten formellen Gebrechen des Klagvortrags nicht für gegründet, die darauf gebaute Abweisung „*angebrachtermaßen*" also auch nicht für gerechtfertigt hielt, dies in den Entscheidungsgründen nachweisen und darnach dem Unterrichter aufgeben sollen, mit Umgehung der in jener bedingten Abweisung liegenden Auflage entweder auf die Klage Ladung zu erkennen (§. 355) oder das sonst Gesetzliche (§. 357, 358 oder 360) darauf zu verfügen.

D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 25. November 1837.

I.

Hofgericht Rastatt.

Merkwürdiger Kriminalfall über eine vorsätzliche Tödtung, von der es zweifelhaft war, ob nicht eine vorbedachte Tödtung, ein Mord, vorlag, und ob der Thäter sich in einem Zustand geminderter Zurechnungsfähigkeit befand.

Sonntag den 25. October 1835 wurde Michael Matt auf der Hofraithe seines Dienstherrn auf dem Raidengrund, Amts Wolfach Abends fünf Uhr von Anton Matt durch einen Flintenschuß auf der Stelle getödtet. Der Thäter ward sogleich verhaftet und aus der gepflogenen Untersuchung ergibt sich:

Anton Matt, 25 Jahr alt, beurlaubter Soldat, ward von M. Matt für 12 kr. täglich in seinen Dienst als Taglöhner bei Ph. Harter eingestellt, und bei der zwischen beiden gepflogenen Abrechnung zog M. Matt dem Inquisiten 36 kr. ab, weil er drei Tage nicht gearbeitet habe. Daraus schöpfte Inquisit gegen den M. Matt einen Zorn und Unwillen, so daß er ihm schon am 4. October Nachts in einem Hohlweg einmal auspaßte, und daß er um die nämliche Zeit einen andern Knecht aufforderte, mit ihm zu gehen und den Knechten bei Ph. Harter die Fenster einzuschlagen. Er gab in dieser Beziehung zu, unter den Knechten nur den Michael Matt verstanden zu haben, den er wegen seines Akkords schon damals auf der Muck gehabt habe. Am Dienstag den 20. October lud der Inquisit ein seinem Dienstherrn gehöriges Gewehr mit großen und kleinen Schrotkugeln, fünf bis sieben an der Zahl, und Sonntags Morgens probirte er mittelst des Ladstocks die Ladung und rührte das Zündpulver frisch auf. Er behauptet, das Gewehr geladen zu haben, um einen Hasen zu schießen, und Sonntags Morgens nach diesem Hasen aber vergebens ausgegangen zu seyn, worüber aber in der Untersuchung nichts erhoben wurde.

Nachdem nun Inquisit Sonntags nach dem Mittagessen in Gesellschaft von noch drei Männern und zwei Weibern zwei Schoppen Pflaumenwasser getrunken hatte, ging er mit seinem Nebenknecht, L. Grieshaber, auf den Raidengrund, in der Absicht seine Kleider zu holen, und nahm die geladene Flinte mit sich, um, wie er sagt, unterwegs einen Hasen oder Vogel zu schießen. Auf dem Raidengrund etwa um halb vier Uhr angekommen, tranken sie in Gemeinschaft mit der Frau, drei Töchtern, dem Sohn und dem Knecht des Raidenbauern einen Schoppen Kirschenwasser, und nachdem der Raidenbauer selbst gekommen war, noch einen halben Schoppen Pflaumenwasser. Sie sprachen ruhig zusammen, und Inquisit erkundigte sich nach dem M. Matt, wo man ihm sagte, derselbe seie nicht da, sondern über Feld gegangen. Der Begleiter des Inquisiten, L. Grieshaber, der da sagt, der Inquisit seie etwas munter vom Branntwein geworden, trieb zur Heimkehr an, und ging zum Haus hinaus. Der Inquisit hielt sich noch etwas auf, ging dann die Treppe hinunter und nahm sein in dem Hausgang stehendes Gewehr. Die Tochter, M. Harter, ging ihm, um das Haus zu schließen, alsbald nach, und traf ihn, das Gesicht aufwärts, den Rücken gegen die Straße stehend mit dem Gewehr in der Hand. Sie sagte ihm, daß sie das Haus schließen wolle, er solle mit dem Gewehr kein Unglück anrichten, worauf er zornig erwiederte:

„Ja, ich gehe jetzt, wenn ich aber den Häusle-michel antreffe, so verschieß' ich ihn."

Inquisit sei nun zur Thüre hinaus. Dem vor ihm auf die Straße gegangenen L. Grieshaber begegnete unten am Haus B. Harter und X. Uhl, mit denen er sich in ein Gespräch einließ, und weiter unten sah er zwei Männer (L. Kuret und M. Matt) gehen, welche er nicht erkannt habe. In diesem Augenblick sei Inquisit vor das Haus gekommen, und auf das Anrufen des B. Harter habe Inquisit erwiedert: „was, wer will was mit mir," worauf M. Matt gesagt habe: „Toni, sei nur zufrieden, es hat Niemand etwas mit dir." Inquisit sei aber schnell mit der Flinte in der Hand an den

Digitized by Google

Speicher gelaufen, habe sich auf eine Erhöhung gestellt, und laut gerufen:

„wo ist der Häuslemichel? Der muß verschossen seyn!“ worauf der ganz in der Nähe stehende M. Matt gutmüthig erwidert: „Toni, ich habe ja nichts mit dir.“ Allein Inquisit habe in drr Entfernung von etwa 15 Schritten das Gewehr angeschlagen, auf den M. Matt gezielt, und kaum konnten die in der Umgebung des M. Matt stehenden Begleiter aus der Richtung des Gewehrs seitwäets gehen, so drückte Inquisit los, und M. Matt stürzte mit gänzlich zerschmettertem Hals todt zu Boden. L. Kuret stand so nahe bei dem Getödteten, daß ihm die Kappe vom Kopf geschossen wurde und ee noch Pulverkörnee im Gesicht spürte. Inquisit ergriff alsbald die Flucht, L. Kuret setzte ihm nach, traute sich aber nicht, ihn beizufangen, sondern ging in das Haus zurück, wohin dee Leichnahm gebracht wurde. Einigr Zeit darauf seie Inquisit in das Haus gekommen, und habe unter Fluchen und Toben betheuert den M. Matt nicht erschossen zu haben. Man band ihn, und nachdem ee etwas ruhigee gewoeden und B. Harter ihm Vorwürfe gemacht, mit dem Beisatz, er hätte auch ihn erschießen können oder den X. Uhl, so erwiederte Inquisit:

„Ich habe weder auf dich, noch auf den Xaveri gehalten, und wußte wohl, auf wen ich zielte, auch habe ich es scharf und gewiß genommen, ich habe fünf Rollkugeln geladen.“

Etwas später habe er gesagt, ich habe doch nicht geglaubt, daß es los gehen weede; aber der Teufel ist halt ein Schelm. Bald darauf habe er im höchsten Zoen geeufen: „ist der Häuslemichrl bald verreckt!“ und als man ihm erwiederte, „du hast ja gesrhen, daß er todt in der Stube lag,“ habe er gesagt, „das ist eecht.“ Ueber das Halten und Binden sei Inquisit ganz wüthend gewesen und habe gesagt: „Ja, ich habe den Michel erschossen, und komme nun nur ein Paae Jahre ins Zuchthaus, und wenn ich wiedee herauskomme, so will ich es auch allen Jenen so machen, die mich geholfen haben binden.“ Inquisit wuede sodann abgeführt.

In seinen ersten Verhören schützte er alsbald seine Betrunkenheit vor, widersprach den von den Zeugen angegebenen Aeußerungen nicht, will aber nur im Muthwillen und vom Branntwein erhitzt das Gewehe auf den M. Matt losgeschossen haben, doch gab er zu, daß ee das Grwehr auf den M. Matt, den er erkannt, gerichtet und losgedrückt habe. Dazu habe ihn der Zorn und der Unwille wegen des von ihm erlittenen Abzugs veranlaßt. Doch nahm er dieses wieder zneück, und blieb darauf strhen, daß er Niemanden bei dem Abschießen des Gewehrs erkannt und auf Niemanden gezielt habe.

Von den vielen Zeugen der That selbst wird einstimmig ausgesagt, daß Inquisit nicht beteunken gewesen seie. Sein Begleiter L. Grieshaber sagt: Inquisit seie durch den Branntwein muntee geworden, er habe aber an ihm nichts weniger als einen Rausch bemerkt. Sein Dienstherr, der spätee, als Inquisit schon verhaftet war, ihn sah, will zwar gefunden haben, daß ee etwas berauscht war, allein andere Zeugen bestätigen dieses nicht, und wenn man bedenkt, daß Inquisit, alles zusammengerechnet, zu Haus in Gesellschaft von noch fünf Personen zwei Schoppen Pflaumenwasser, und bei Ph. Harter in Gesellschaft von noch acht Peesonen einen Schoppen Kirschenwasser und einen halben Schoppen Pflaumrnwassee hat trinken helfen, so wied man schwerlich berechtigt seyn, bei dem fünf und zwanzigjäheigen, sonst gesunden und kräftigen Inquisiten, der in seiner Gegend an das Branntweintrinken gewöhnt ist, eine Trunkenheit anzunehmen.

Nach den gerichtsärztlichen Beobachtungen ist der Inquisit von sanguinisch-cholerischem Temparament, zum Jähzoen geneigt, doch waed seine Zurechnungsfähigkeit anerkannt. Die Sanitätscommission sprach sich insbesondere dahin ans, daß Inquisit, als in einem Zustande dee vollkommenen Willensfreiheit und ungetrübtee Vernunft bei Begehung seines Verbrechens befindlich, füe zurechnungsfähig zu erklären seie, und daß weder das sanguinisch-choleriſche Temperament, noch der Zustand von Trunkenheit, in welchem er sich an dem Tage der That besunden zu haben vorgebe, die Zurechnung beschränkrn oder aufheben könne, wiewohl der Richter dirse Momente bei Zuerkennung der Strafe als Milderungsgründe berücksichtigen dürfte.

Bei der richterlichen Begutachtung ward nun angenommen, daß Inquisit etwas angetrnnken das Zimmer verlassen habe, und durch den Einfluß der scharfen Octoberluft bei seinem Heraustreten vor das Haus, sowir durch den plötzlichen Anblick des M. Matt und die Erinnerung an die von ihm erlittene Keänkung, bei seinem srhe reizbaren und zum Jähzorn gneeigten Gemüthe, in einen Zustand einer so leidenschaftlichen Stimmung gerathen seie, wie ein Beteunkenee des zweiten Grades. Die Art und Weise der Begehung des Verbrechens vor vielen Zeugen, dee Ausbruch seiner Aufgeregtheit in die plötzlichen Todesdrohungen, die Unvorsichtigkeit des Schießens auf den von vier andern Befreundeten umgebenen M. Matt, insbesondere aber das auffallende Benehmen des Inquisiteu nach der That, wo er zuerst sich flüchte, alsdann, nachdem ee sein Gewehe verborgen, wieder zueückkehre und läugne, den M. Matt erschossen zu haben, sodann abee in die höchste Wuth gerathe, und es für recht finde, den Matt getödtet zu haben, alles dieses beweise einen Zustand der Trunkenheit, der in Verbindung und Wechselwirkung mit dem

Digitized by Google

Temperament den Affekt auf einen Grad gesteigert habe, wo das Bewußtseyn nicht mehr ganz ungetrübt, überhaupt die Seelenkräfte nicht mehr in ihrem normalen Gleichgewichte seien. Zur Zeit der That, wo die Trunkenheit als äußere, und der Affekt als innere Ursache vereint wirkend, die Abmahnungen des Gesetzes schwächten, das Bewußtseyn trübten, und die Ueberlegung störten, seie dadurch die Zurechnungsfähigkeit gemindert. Dieses erscheine als Strafmilderungsgrund, und rechtfertige für das Vergehen des Inquisiten eine nicht prämeditirte, sondern eine Tödtung in Folge eines augenblicklich gefaßten, eventuell auf den Tod des M. Matt gerichteten Vorsatzes, den Antrag auf 15 Jahre Zuchthaus.

Die Majorität des Gerichtshofs schloß sich mit sechs Stimmen dieser Unterstellung einer getrübten Zurechnungsfähigkeit als eines Milderungsgrundes an, erkannte aber auf zwanzig Jahre Zuchthaus, während die Minorität mit fünf Stimmen hier einen vollkommenen und ungetrübten Zustand der Zurechnungsfähigkeit annahm, und keinen Grund erblickte, für das Verbrechen der vorsätzlichen Tödtung, welche als eine vorbedachte zu bezeichnen sei, von der ordentlichen Todesstrafe abzugehen, und auch nur einen Antrag auf Begnadigung des Inquisiten zu stellen.

Untersucht man nun die Verhältnisse des Verbrechens näher, so kann vor allen Dingen darüber kein Zweifel seyn, daß der Inquisit bei seinem Schuß auf den M. Matt die Absicht hatte, ihn zu tödten, denn seine, der M. Harter gethane Aeußerung, „wenn ich den Häuslemichel treffe, so erschieße ich ihn," und seine auf die gehörte Stimme des M. Matt ausgestoßenen Worte, „wo ist der Häuslemichel? der muß verschossen seyn!" lassen darüber um so weniger einem Zweifel Raum, als das gute Zielen und die Aeußerung des Inquisiten, es genau und scharf genommen zu haben, auf das sattsamste beweisen, daß der Inquisit wirklich den Vorsatz hatte, den M. Matt zu tödten.

Dafür war die gesetzliche Strafe die des Todes, und es frägt sich nunmehr, was konnte den Richter veranlassen, davon abzugehen? Man nahm eine getrübte Zurechnungsfähigkeit an und begründete solche darauf, daß Inquisit betrunken gewesen seie, und bei seinem jähzornigen Temperament dem Affekt, der ihn zum Entschluß der Tödtung des M. Matt führte, leichter unterlegen, und ihn selbst auf einen Grad gesteigert habe, wo das Bewußtseyn nicht mehr ungeschmälert vorhanden gewesen seie. Es sind also dreierlei ursächliche Momente dieser getrübten Imputabilität zu unterscheiden. Trunkenheit, jähzorniges Temperament und Affekt.

Der Affekt war Folge des Grolls, des Unwillens gegen den Getödteten wegen des Abzugs von 36 kr., und Rache war es also, welche den Inquisiten als Leidenschaft gegen den Getödteten reizte. Allein, daß Rache gegen einen Beleidiger, zumal bei einem so geringen Anlaß, keinen Entschuldigungsgrund da abgeben kann, wo die Rache sich bis zur Tödtung des Feindes steigerte, das bedarf keines Beweises, indem man sonst zu dem Resultat kommt, daß überall da, wo eine Leidenschaft zu einem Verbrechen führt, diese Leidenschaft der Entschuldigungsgrund seie.

Das jähzornige Temperament des Inquisiten kann ihm aber auch nicht zur Entschuldigung dienen, weil dem sonst vernünftigen Inquisiten zuzumuthen ist, seinen Jähzorn zu bändigen, und weil es eine die Strafgerechtigkeitspflege auf das tiefste erschütternde Meinung wäre, wenn man alle zum Jähzorn geneigten Menschen geringer bestrafen wollte, als andere nicht dazu geneigten. Man kann im Gegentheil sagen, der zum Jähzorn Geneigte kennt diese schlimme Richtung seines Gemüths, und soll sie dahee viel mehr bekämpfen, als Jener, der, nicht zum Zorne geneigt, nun erstmals auf eine erlittene Beleidigung in einen Zorn ausgebrochen, darin ein Vergehen verübte. Uebrigens sagt schon Seneca mit Recht, non tam ira, sed causa irae excusat, und hier kann man den Zorn über den Getödteten wegen Abzugs von 36 kr. wohl nicht für einen rechtmäßig begründeten erachten.

Es bleibt sonach noch die Trunkenheit übrig. Allein diese Trunkenheit war nicht erwiesen, und wird bei der unbedeutenden Menge des genossenen Getränkes in keiner Weise anzunehmen seyn. Jedenfalls war sie eine des untersten Grades, und kann also für sich irgend eine gemilderte Zurechnung in keiner Weise begründen. Sie soll es auch nicht, sondern sie soll durch den Affekt, d. h. durch die Leidenschaft der Rache und durch das jähzornige Temperament erst so weit gesteigert worden seyn, daß man daraus ein getrübtes Bewußtseyn, wie bei dem Trunkenen zweiten Grades, annehmen könne. Allein es ist vorerst noch sehr die Frage, ob überhaupt bei dem Trunkenen zweiten Grades ein die Zurechnung minderndes nicht volles Bewußtseyn angenommen werden darf, und wenn auch, so ist bei dem Betrunkenen zweiten Grades das Bewußtseyn aus der Wirkung des genossenen Weins getrübt, und dieser Wirkung kann der Mensch, und wäre er auch der größte Philosoph, nicht widerstehen. Hier wird aber eine Trunkenheit des untersten Grades angenommen, welche für sich das Bewußtseyn und die Zurechnungsfähigkeit nicht mindert und schwächt, und wenn nun diese Minderung aus dem hinzugetretenen Affekt der Rache und dem jähzornigen Temperament entnommen werden soll, so war dem Inquisiten gerade zuzumuthen, dieser Rache und dem Zorn keinen Raum zu geben. Nur im untersten Grad betrunken, konnte er die

Digitized by Google

Rache und den Zorn besiegen, und daß er es nicht that, ist kein Milderungsgrund. Fürwahr ein gefährliches Beginnen ist es, einen Milderungsgrund, eine geminderte Zurechnungsfähigkeit jenes Verbrechers anzunehmen, der, nur etwas angetrunken, seine Entschuldigung darein setzt, daß er deshalb seiner Leidenschaft, die ihn zum Verbrechen antrieb, nicht habe widerstehen können, und daß er seiner Leidenschaft unterlegen, also nur eine geminderte Zurechnungsfähigkeit besitze. Allerdings trüben die Leidenschaften, wenn sie zur Herrschaft im Menschen sogar bis zur Vernichtung seines Mitmenschen gelangen, die Vernunft und den Verstand des Menschen, denn unvernünftig und unverständig ist es für den Menschen, ein Verbrechen zu begehen. Allein das ist kein getrübtes, die Zurechnungsfähigkeit aufhebendes Bewußtseyn, sonst müßten am Ende alle Verbrecher im Zustande eines getrübten, die Zurechnungsfähigkeit mindernden Bewußtseyns gefunden werden.

Die ursächlichen Momente des getrübten Bewußtseyns führen sonach in keiner Weise auf einen richterlichen Milderungsgrund. Allein der Zustand des getrübten Bewußtseyns selbst bestand hier überhaupt nicht.

Vorerst ist insbesondere von der obersten gerichtsärztlichen Behörde begutachtet worden, daß sich Inquisit bei der That im Zustande von vollkommener Willensfreiheit und ungetrübter Vernunft befunden habe, und deshalb für zurechnungsfähig zu erklären seie. Ja es wurde sogar begutachtet, daß weder das sanguinisch-cholerische Temperament, noch der Zustand der Trunkenheit, in welchem der Inquisit sich befunden zu haben vorgebe, die Zurechnungsfähigkeit beschränken könne, und damit wurde also ausgesprochen, daß Inquisit sich nicht einmal in einem Zustande der geminderten Zurechnungsfähigkeit befunden habe. Wenn aber sogar die gerichtsärztliche Behörde keine geminderte Zurechnungsfähigkeit annahm, so war deren Unterstellung um so bemerkenswerther, als hiebei sich Einige nicht an das gerichtsärztliche Gutachten gebunden erachteten, welche früher in dem Nr. 17 mitgetheilten Kriminalfall glaubten sich an das Gutachten der Gerichtsärzte binden zu müssen. Es scheint zwar, daß sie sich durch den Schluß des Gutachtens verführen ließen, wo es heißt, daß der Richter die Momente der Trunkenheit und des Temperaments als Milderungsgründe bei Zuerkennung der Strafe berücksichtigen dürfte. Allein eine nähere Betrachtung dieses Ausspruchs hätte alsbald gezeigt, daß die Sanitätscommission diesen Ausspruch nicht deshalb beifügte, um dadurch ihre Zweifel über die unbeschränkte Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten auszudrücken, und so der Sache nach selbst einen Ausspruch der geminderten Zurechnungsfähigkeit abzugeben, sondern daß sie es nur deshalb that, um dem Richter die Erwägung dieser Momente bei dem von ihm allein ausgehenden Ausspruch über die Verschuldung des Inquisiten zu überlassen. Die Sanitätscommission hatte hier, wo sie von richterlichen Milderungsgründen bei Zuerkennung der Strafe sprach, offenbar den Umstand vor Augen, daß sie aus der etwaigen Trunkenheit und dem jähzornigen Temperament des Inquisiten Zweifel darüber entnahm, ob der Inquisit seine That wirklich vorbedacht, oder ob er nur in Folge eines augenblicklichen Entschlusses gehandelt hatte, ja sie hatte vielleicht Zweifel, ob der Inquisit überhaupt den Vorsatz zur Tödtung gefaßt, oder ob er nicht, wie er hartnäckig behauptete, nur aus Muthwillen geschossen hatte, und deshalb überließ sie die Erwägung dieser allerdings nur der richterlichen Beurtheilung unterliegenden Zweifel dem Richter, ohne jedoch dadurch an ihrem Ausspruch ungeminderter Zurechnungsfähigkeit etwas zurückzunehmen.

Vorstehend glaube ich aber entwickelt zu haben, daß die etwaige Trunkenheit, der Affekt und der Jähzorn des vollkommen zurechnungsfähigen Inquisiten keine richterlichen Milderungsgründe bei der Erkennung der Strafe abgeben konnten, und nachzuweisen wird es seyn, daß das ganze Benehmen des Inquisiten nicht auf ein getrübtes Bewußtseyn schließen läßt, sondern überall darthut, daß Inquisit wußte, was er that, daß er kein Opfer seiner Trunkenheit und seines jähzornigen Temperaments, sondern nur eine sich selbst dem Bösen und Rohen in ihm übergebene Beute zügelloser Leidenschaft war, und wenn es auch nicht zu bestreiten ist, daß schon die geringe Veranlassung, die Androhung und die Vollführung der öffentlichen That vor vielen Zeugen, das Herausschießen des Opfers aus der Mitte seiner dem Inquisiten selbst befreundeten Bekannten, sodann das Entfliehen und Wiederzurückkehren an den Platz der That, ihr Läugnen und Eingestehen, das Fragen nach dem Tod des todt erblickten Opfers und die Freude darüber, das Fluchen und Wüthen des Inquisiten, einen äußerst auffallenden, sonderbaren Gemüthszustand des Inquisiten zu erkennen geben, so ist doch das zu bestreiten, daß dieser Zustand nur durch ein getrübtes Bewußtseyn, in Folge gestörter Seelenkräfte erklärbar ist.

Wir fragen mit Recht bei einem Verbrechen vor allem: was hat den Verbrecher dazu bewogen? Hier ist nun darüber kein Zweifel, daß Inquisit dem Getödteten wegen Abzugs von 36 kr. feind war. Sein früheres Aufpassen und sein Geständniß, ihn auf der Muck gehabt zu haben, beweist es zweifellos. Allerdings ist dieses eine äußerst geringfügige Veranlassung des Hasses, allein daß ein Verbrecher den aus einem unbedeutenden Grund entnomme-

Digitized by Google

nen Haß gegen seinen Feind bis zur Todesrache steigert, beweist nicht, daß er wegen gestörter Seelenkräfte minder zurechnungsfähig ist, sondern es beweist nur, daß er früher und leichter seiner Leidenschaft des Hasses nachgiebt, und daß ihm die Befriedigung seiner aus dem geringfügigsten Grund entsprungenen Rachsucht mehr werth ist, als das Leben seines Mitmenschen. Es folgt daraus nur eine größere Rohheit des Gefühls, und eine aus kleinen Ursachen sich ableitende tiefere Verdorbenheit des Gemüthe.

Auch hier begegnen wir sodann in der Androhung und Vollführung der Unthat vor vielen Zeugen einem öffentlich begangenen Verbrechen, und auch hier will man wieder auf gestörte Seelenkräfte des Thäters schließen, weil es unvernünftig ist, einen Mord vor Zeugen zu begehen und sich so seine unausbleibliche Strafe selbst zuzuziehen. Wer mordet, wird dieses möglichst verborgen thun, weil davon seine eigene Selbsterhaltung abhängt, und weil der Trieb der Selbsterhaltung einer der mächtigsten im Menschen ist, so kann man mit Recht auf gestörte Vernunft da schließen, wo dieser Trieb verletzt wird. So sagt man. Wenn man aber die vielen Vorfälle öffentlicher Verbrechen beachtete, wo von einer Seelenstörung als Ursache des Verbrechens weitab keine Rede ist, so sollte man doch in dieser Meinung wankend werden, und wenn man eine nähere Unterscheidung der Verbrechen nach ihren Ursachen macht, so wird man sich überzeugen, daß aus der öffentlichen Begehung eines Verbrechens lediglich keine Vermuthung einer gestörten Seelenkraft folgt. Wenn ein Verbrechen aus Eigennutz, aus Habsucht begangen wird, so folgt aus dem nämlichen Trieb, welcher das Verbrechen erzeugt, auch die Richtung des Verbrechers auf Verheimlichung und Verbergung der Unthat, weil er nur durch diese Verheimlichung die Früchte seines Verbrechens genießen, und sonach seiner Habsucht fröhnen kann. Der allerdings auch im Verbrecher liegende in der Regel auf Verheimlichung der Unthat deshalb wirkende Trieb der Selbsterhaltung, weil er damit der Strafe leichter entgeht, erhält also an dem Trieb zum Verbrechen einen mächtigen Alliirten, und wird daher bei dem aus Eigennutz entstandenen Verbrechen überall dessen Verheimlichung erwirken.

Wo dagegen ein Verbrechen aus Haß und dem daraus geschöpften Trieb zur Rache entspringt, da lehrt die Erfahrung aus hunderten von Fällen, daß der zum Verbrechen sich steigernde Trieb der Rache so mächtig im Verbrecher wirkt, daß sich sein ganzes Sein und Denken in diesem steigenden Trieb concentrirt, bis endlich die Rache, unter Beiseitsetzung aller Hindernisse und Rücksichten, zur That schreitet, und nur in der Vernichtung des Feindes ihre Befriedigung findet. Bei solchen Verbrechen finden wir gerade deshalb, weil die Rache alle andern Rücksichten aus den Augen setzt und alle Gefühle und Triebe des Menschen bemeistert, nicht selten die öffentliche That des Verbrechens. In Ländern, wo die Leidenschaft des Hasses stärker, wo der Trieb zur Rache unter dem südlichen Himmel glühender wirkt, in Italien, stößt der Mörder seinem Opfer auf öffentlicher Straße den Dolch in die Brust, und kein Richter hält ihn deshalb für verwirrt. Allerdings sind in unserm kältern Klima dergleichen wilde Ausbrüche heißer Rache seltener, aber wenn sie, wie hier, vorkommen, so folgt daraus doch nicht der Beweis einer Geistesverwirrung, sondern nur der Beweis, daß sich die Leidenschaft der Rache des Verbrechers ganz bemeistert hatte und er als um so gefährlicher für die öffentliche Sicherheit auch der ganzen Strenge des Gesetzes zu unterwerfen ist. Das crimen manifestum ist eher ein Schärfungsgrund der Strafe, und als eine gefährliche Richtung der Gerichtsärzte und der Richter wäre es zu bezeichnen, wenn man aus der öffentlichen Begehung schwerer Missethat die Vermuthung einer Seelenstörung entnimmt, solche noch mit dem geringsten Grad einer höchst ungewissen Trunkenheit vereinigt, und aus allem dem eine geminderte Zurechnungsfähigkeit und einen richterlichen Strafmilderungsgrund da entnimmt, wo die zu Tage gegangene zügellose Herrschaft des wildesten Hasses und der tödtlichsten Rache es am wenigsten verdient.

Eben so wenig lag aber endlich in dem allerdings sonderbaren Benehmen des Inquisiten nach der That ein Grund, irgend eine Seelenstörung des Inquisiten anzunehmen. Wo Leidenschaft den Menschen beherrscht, schweigt die Stimme der auf das Gute gerichteten Vernunft, und wo auf den Verbrecher nach Vollführung der That der Trieb der Leidenschaft, das Gefühl ihrer Befriedigung, zugleich aber auch die mächtige Stimme des bösen Gewissens und der Trieb der Selbsterhaltung einwirkt, da sehen wir häufig das sonderbarste, unvernünftigste Benehmen des Verbrechers. Es ist eine psychologische Erfahrung, daß das vollführte Verbrechen die Sinne verwirrt, allein daraus folgt nicht, daß der Verbrecher bei der Ausführung der That geistesverwirrt war.

Ein merkwürdiges Beispiel solcher Verwirrung liefert der in Offenburg hingerichtete Raubmörder Becher. Nachdem er seinen Raubmord vollendet hatte, erzählt er, habe er plötzlich ringsum Feuer gesehen, er sah die Hölle vor Augen, gänzlich verwirrt, er seie auf dem angränzenden Feld hin und her gelaufen (man nahm viele Fußspuren ohne Ordnung auf dem Felde wahr, so daß man zuerst glaubte, es müßten mehrere Thäter den Mord verübt haben, oder es habe ein langwiriger Kampf auf dem Felde Statt gehabt). Er seie an einen mit Wasser gefüllten

Digitized by Google

Graben gekommen, habe vorgehabt, sich zu ertränken, seie aber davon abgestanden, weil er bemerkt habe, daß ihm der Teufel dieses verbrecherische Vorhaben eingegeben habe. Giebt es nun etwas Sonderbareres, Unerklärlicheres als das, wo ein Mörder, der eben zwei seiner Reisegefährten zum Zwecke ihrer Beraubung ermordet hat, das für ein teuflisches Verbrechen hält, sich selbst zu tödten?

So erklärt sich auch hier das Benehmen des Inquisiten nach der That vollständig aus seiner wilden Leidenschaft. Die erwachende Stimme des bösen Gewissens, der Trieb der Selbsterhaltung führt ihn zur augenblicklichen Flucht nach der That und zur Verbergung des Gewehrs. Er kehrt zurück an den Platz der That, er sieht den Leichnam, er läugnet die That, gesteht sie ein, er erkundigt sich nach dem erfolgten Tod seines Opfers und freut sich seiner befriedigten Rache. Er flucht und tobt gegen das Binden, und beweist nur mit allem, daß er, voll der wildesten Leidenschaft der Rache, die ihn zur That führte, nunmehr eine Beute der widerstrebendsten Gefühle und Gedanken der Rache, ihrer Befriedigung, des bösen Gewissens und der Selbsterhaltung ist, die am Ende wieder alle in den hellsten Flammen seines zornigen Gemüths da auflodern, wo er die ihn Bindenden abermals mit dem Tode bedroht.

Und so führt alles, was man zum Beweis einer Seelenstörung des Inquisiten anführt, auf die Triebfeder seines Verbrechens, auf die Rache gegen den Getödteten zurück, und selbst in Unterstellung einer übrigens unerwiesenen Trunkenheit des niedersten Grades lag kein Grund einer richterlichen Strafmilderung so lange vor, als man nicht anzunehmen berechtigt ist, daß der aus einer unrechten, bösen Leidenschaft entstandene Affekt und Trieb zu einem Verbrechen ein richterlicher Strafmilderungsgrund ist. Mir scheint es umgekehrt richtig zu seyn, daß gerade so lange, als man in einem zurechnungsfähigen Verbrecher eine böse, unrechte Leidenschaft als Triebfeder des Verbrechens nachweisen kann, kein Grund zu einer Strafmilderung vorliegt, wenn schon nachgewiesen werden kann, daß der aus der Leidenschaft entstandene Affekt, welcher die That herbeiführte, ein großer, selbst die Stimme der Vernunft übertäubender war. Je stärker und wilder die Leidenschaft im Menschen tobt, um so mehr wird die Vernunft geschwächt, allein das ist keine krankhafte Seelenstörung, sondern eine böse Selbstunterdrükkung der Vernunft, und ist eben deswegen nicht ein Grund der Strafmilderung, sondern der wahre Grund der gerechten und vollen gesetzlichen Bestrafung.

Uebrigens war die Annahme einer geminderten Zurechnungsfähigkeit auf den Umstand gebaut, daß der Inquisit seine That im Affekt verübt habe, und zur Erklärung des Affekts und des plötzlichen Entschlusses zur Tödtung hat man eine aus irgend Gründen gestörte Seelenkraft angenommen, weil man allerdings keinen andern triftigen Grund erblickte, woraus und wie dieser Affekt entstanden ist. Auch heute noch läßt sich ein solcher triftiger Grund nicht nachweisen, allein alsdann ist nicht daraus zu folgern, daß also eine Seelenstörung die wahre Erklärung abgiebt, sondern es läßt sich mit mehr Recht das folgern, daß die That gar nicht in einem Affekt verübt wurde, daß sie nicht Folge eines plötzlichen Entschlusses, sondern vielmehr die böse Frucht eines lang vorher gefaßten, und vorbedachten Beschlusses der Tödtung des M. Matt war.

Der Inquisit hat zugegeben, das Gewehr, womit er den M. Matt erschossen, schon am Dienstag, also fünf Tage vor der That, geladen, und sich am Sonntag früh von der Ladung überzeugt, auch das Zündpulver neu aufgerührt zu haben. Er giebt weiter an, daß er dieses gethan habe, um einen Hasen zu schießen, daß er auch wirklich am Sonntag Morgens, jedoch vergeblich, auf die Jagd ausgegangen seie, und sodann das Gewehr Nachmittags nur mitgenommen habe, um unterwegs einen etwa aufspringenden Hasen zu schießen. Darüber ist nun leider in der Untersuchung nichts erhoben worden, und von der Vervollständigung der Untersuchung zur Zeit der Aburtheilung hat man deshalb Umgang genommen, weil man glaubte, daß nach einem Zeitraum von zwei Jahren nach der That wenig Ersprießliches mehr zu erfahren seie. Es mag vielleicht seyn, aber sehr zu beklagen ist es, daß die Untersuchung in diesem wichtigen Punkt unvollständig ist, denn wäre die Wahrheit der Aussagen des Inquisiten erwiesen worden, so wäre es als wahrscheinlich zu unterstellen gewesen, daß Inquisit plötzlich den Entschluß zur Tödtung des M. Matt gefaßt hat, und ein vorbedachter Mord wäre dadurch ausgeschlossen. Wäre aber dem Inquisiten die Unwahrheit erwiesen worden, wäre man, den Beweis seiner Lüge in der Hand, in ihn gedrungen, den Grund des Ladens des Gewehrs anzugeben, so kann man nicht wissen, was Inquisit darüber gesagt, und ob er nicht selbst eingestanden hätte, das Gewehr am Dienstag geladen, am Sonntag aufgerührt zu haben, um den M. Matt zu erschießen. Dann wäre wohl von einem Affekt keine Rede gewesen. Und hätte er auch nichts gestanden, so wäre so viel sicher gewesen, daß er seine auf eine gleichgültige Weise zu erklärende Ladung des Gewehrs nicht beweisen konnte, und daß man also wohl berechtigt war, solche mit seiner That dann in Verbindung zu setzen, wenn dazu andere erwiesene Umstände berechtigten.

Sehen wir also davon ab, und nehmen wir die Untersuchung in dieser Beziehung, wie sie liegt, so ist so viel

Digitized by Google

richtig, daß Inquisit seine Angaben mit nichts auch nur wahrscheinlich gemacht hat, und daß insbesondere L. Grieshaber, der ihn das Gewehr am Sonntag aufrühren sah, und mit dem bewaffneten Inquisiten auf den Raidengrund gieng, nichts darüber ausgesagt hat, daß Inquisit etwas von einem Hasen geäußert habe. Eben so ist nicht ersichtlich, daß Inquisit auf dem Raidengrund irgend etwas über diese Ursache seiner Bewaffnung äußerte. Mit dem am Dienstag schwer geladenen Gewehr, von dessen noch bestehender Ladung sich Inquisit am Sonntag früh überzeugt hatte, gieng er also auf den Raidengrund und stellte es im Hausgang ab. Bei der Unterhaltung im obern Zimmer hat er nur einmal auf unbefangene Weise nach dem M. Matt sich erkundigt, und wenn dieser das Ziel seines Gewehrs war, so konnte Inquisit allerdings seine Heimkehr verzögern, um dem Michael Matt die Zeit zu lassen, herbei zu kommen. Dieses that er auch, Grieshaber mußte ihn zum Fortgehen antreiben, und noch im Hausgang zögerte er und blieb stehen, bis die M. Harter das Haus verschloß. Hier nun war es, wo Inquisit auf die Bemerkung der M. Harter, kein Unglück mit dem Gewehr anzurichten, erwiderte, „wenn ich den Häuslemichel treffe, so verschieß' ich ihn!" und hier ist es also, wo wir von dem Vorhaben des Inquisiten die erste Kenntniß erhalten. Der Inquisit hat hierbei den heimkehrenden M. Matt noch nicht gesehen, denn er stand im Hausgang, das Gesicht aufwärts gegen die Stube, und selbst der weiter vornen schon auf der Straße befindliche L. Grieshaber erkannte damals den heimkehrenden M. Matt noch nicht, und doch folgt aus der Aeußerung des Inquisiten unzweifelhaft, daß er schon in ihr und mit ihr die Absicht der Tödtung des M. Matt hatte. Sollte er nun erst jetzt im Augenblick der Aeußerung diese Absicht gefaßt haben, oder sollte er nicht vielmehr schon mit der Absicht in den Raidengrund gegangen seyn? Es läßt sich gar nicht einsehen, wie Inquisit so urplötzlich im Hausgang den Entschluß zur Tödtung des M. Matt gefaßt haben sollte, denn da ihn die M. Harter an den Matt überhaupt nicht erinnerte, da von demselben, und insbesondere von dem Streit zwischen beiden oben in der Stube keine Rede war, ja da Inquisit durch seine unbefangene Erkundigung nach dem Matt, wenigstens äußerlich, bewiesen hatte, daß er an denselben denken und von ihm sprechen konnte, ohne in einen leidenschaftlichen Affekt zu gerathen, so läßt sich auch von ferne her kein Grund entdecken und keine Erklärung dazu aufstellen, wie nun der Inquisit auf die einfache Anrede der M. Harter hin den so urplötzlichen Entschluß zur Tödtung des M. Matt fassen konnte. Dagegen erhält die Aeußerung des Inquisiten durch die Annahme der schon bei Ladung des Gewehrs gefaßten Absicht, den Matt zu erschießen, ihre vollständige Erklärung. Inquisit will deshalb auf den Raidengrund gegangen seyn, um seine dortgelassenen Kleider zu holen, ohne aber einen triftigen Grund anzugeben, nahm er sie nicht mit, sondern sagte dem Sohn des Raidenbauern, er solle ihm die Kleider bringen. Man wird daher einen Zweifel in die Ernsthaftigkeit dieser Absicht setzen dürfen. Dagegen stellt er sogleich sein Gewehr im Hausgang ab, und erkundigt sich oben beiläufig nach M. Matt, und nachdem er gehört, daß dieser über Feld gegangen, sucht er seinen Fortgang zu verzögern, und hält sich noch etwas im Hausgang bei und mit seinem Gewehr auf. Hier warnt ihn nun die M. Harter, damit kein Unglück anzurichten, und zornig entgegnet er ihr die Todesdrohung gegen Matt. Hatte er aber bei dem Laden des Gewehrs die Absicht, den Matt zu erschießen, so mußte ihm bei dem Ergreifen dieses Gewehrs sein Entschluß vor die Augen treten, er mußte, eine Beute seiner wilden Rache, zornig werden, daß M. Matt noch nicht da ist, und daß er ihm heute entgeht, und er mußte, denn wessen das Herz voll ist, dessen läuft der Mund über, auf die Warnung, kein Unglück anzurichten, seinen Entschluß der Tödtung des M. Matt dahin kund geben, daß er ihn, wo er ihn auf dem Heimwege trifft, zusammenschießt. Man kann dieses nicht damit bekämpfen, daß man es bei einem langgehegten, vorbedachten Entschlusse zur Tödtung für auffallend, und deshalb den Entschluß selbst für unwahrscheinlich findet, daß der Thäter diesen Entschluß gegen Andere äußert. Wer aus Eigennutz als Raubmörder tödtet, wird überall seinen Entschluß verbergen. Wer aber aus Rache tödtet, verbirgt seine Absicht nicht überall, vielmehr lehrt die Erfahrung gerade bei solchen Mordthaten, daß ihnen in der Regel Todesdrohungen vorangegangen sind.

Gehen wir weiter. Kaum ist der Inquisit vor das Haus getreten, so hört er den Anruf des B. Harter, und erwidert hastig, „wer will was mit mir?" und kaum hört er die Stimme des gutmüthig antwortenden Opfers, „Toni, es will Niemand etwas mit dir!" so springt er schnell gegen den Speicher, stellt sich auf eine Erhöhung, um besser die Gegend überschauen und leichter sein Opfer treffen zu können, ruft aus, „wo ist der Häuslemichel? der muß verschossen seyn!" zielt auf ihn, und schießt ihn mitten unter den Andern zusammen. Auch hier wieder berechtigt uns nichts, einen plötzlichen, in der Trunkenheit und im Affekt gefaßten Beschluß der Tödtung des Matt

Digitized by Google

in dem Inquisiten anzunehmen, sondern alles führt auf den lang gehegten Entschluß. Er hat seinen Fortgang verzögert, um wenigstens noch unterwegs den heimkehrenden Matt zu erschießen. Bei dem Heraustreten vor das Haus erblickt er die heimkehrenden Bursche, und ruft ihnen auf ihren Anruf entgegen, wer was mit ihm wolle? und kaum hört er die Stimme seines Opfers, so schreitet er zur Ausführung der That, ruft den Matt selbst an, um sich seines Stands zu versichern, stellt sich auf eine Erhöhung, um besser zielen zu können, und schießt ihn auf eine Entfernung von fünfzehn Schritten in der Mitte Anderer zusammen. Wer sich aber so benimmt, wer noch so gut zielen kann, der beweist einen gewiß höchst geringen Grad von Trunkenheit, und bekräftigt sodann, daß ihn das plötzliche Erscheinen seines Opfers nicht überrascht, daß ihn der plötzliche Entschluß der That nicht erst aufgeregt hat, sondern daß er sein Opfer erwartet, und den längst gehegten Entschluß auf vorbedachte Weise ausgeführt hat.

Was aber jeden Zweifel gegen eine vorbedachte Tödtung ausschließt, ist die doch wahrlich höchst deutliche und mit dem Vorbedacht ganz zusammentreffende Aeußerung des Inquisiten auf die Vorwürfe der Andern, daß er auch einen von ihnen hätte treffen können: ich habe weder auf dich, noch auf den Xaveri gehalten, und wußte wohl, auf wen ich zielte; auch habe ich es scharf und gewiß genommen, ich habe fünf Rollkugeln geladen.

Hiermit giebt der Inquisit zu erkennen, daß er genau gezielt hat, und daß er nur auf den Matt gezielt hat. Er hat es aber dabei scharf und gewiß genommen, und fünf Rollkugeln geladen. Er hat also bei dem Laden am Dienstag so geladen, daß Matt, durch fünf Rollkugeln getroffen, gewiß sterben mußte, und um ihn gewiß mit dem Schuß zu tödten, hat er scharf, fünf Rollkugeln geladen. Wenn nun aber der Inquisit damit zugesteht, daß er schon bei dem Laden des Gewehrs fünf Tage vor der That, es scharf und gewiß gegen sein Opfer genommen hat, so ist doch gewiß der längst gehegte Entschluß und der vorbedachte Plan nicht zu bezweifeln, weil in der Aeußerung das mit den andern Umständen zusammentreffende Geständniß des Zwecks und der Absicht des Ladens liegt und weil dadurch die jetzt vorgegebene Absicht des Ladens, um auf einen Hasen oder Vogel auszugehen, um so gewisser ausgeschlossen wird, als man doch nicht annehmen kann, daß Inquisit fünf Rollkugeln und das stärkste Pulver, Sprengpulver, ladet, um einen Hasen oder einen Raben zu schießen.

Bei diesem Verhalt der Sache, wo die Entstehung des Entschlusses zur That, ihre Ausführung und die erwiesenen Aeußerungen des Inquisiten vor und nach der That alle und übereinstimmend auf einen längst gehegten Entschluß und vorbedachten Plan führen, konnte man um so gewisser einen vorbedachten Todtschlag annehmen, als für die Annahme eines plötzlich gefaßten Beschlusses der Tödtung lediglich nichts spricht, und als der Affekt des Thäters nicht auf eine Trunkenheit und Seelenstörung, sondern lediglich nur auf den Grund der That, auf die Rache des Inquisiten zurückführt. Und die einzige etwa entgegenstehende Aeußerung des Inquisiten, daß er nicht geglaubt habe, daß es losgehe, kann daran um so weniger etwas erschüttern, als der Inquisit durch Aufrühren des Zündpulvers am Sonntag morgens alles gethan hat, um sich seiner scharfen und gewissen Absicht zu vergewissern, und als höchstens daraus ein eventueller dolus, aber immer mit seinem Anfangspunkt vom Dienstag folgt, welcher in Vollführung der That mit dem Erfolg des Todes dem Inquisiten nicht zu gute kommt.

Uebrigens hätte man bei diesem Kriminalfall wünschen dürfen, daß die Gerichtsärzte und insbesondere die Sanitätscommission sich allein an die Begutachtung der Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten gehalten, und nichts über die richterlichen Milderungsgründe bei Zuerkennung der Strafe geäußert hätte. Man ist neulich so aufgebracht gegen mich gewesen, weil ich mit einem, eine Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit eines Inquisiten enthaltenden Gutachten der Sanitätscommission nicht ganz übereinstimmte, und hat dabei behauptet, daß derlei Gutachten vom Richter befolgt werden müßten. Das beste Mittel, um die Befolgung ihrer gerichtsärztlichen Gutachten durch den Richter zu sichern und einer Kritik derselben zuvorzukommen, wird aber für die Gerichtsärzte darin bestehen, daß sie sich genau und scharf in ihren Gutachten ausdrücken und daß sie insbesondere nicht in ihren Gutachten so weit gehen, die der richterlichen Beurtheilung allein zustehenden Umstände über die Verschuldung des Inquisiten mit in den Kreis ihrer Begutachtung zu ziehen. Hätte die Sanitätscommission hier in ihrem Gutachten, wo sie eine unbeschränkte Zurechnungsfähigkeit aussprach, nicht von richterlichen Milderungsgründen bei Zuerkennung der Strafe gesprochen, so wäre es sehr zu bezweifeln gewesen, daß sich hier eine Majorität für die geminderte, beschränkte Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten aus den Richtern gebildet hätte, welche sonst annehmen, daß die Aussprüche der Gerichtsärzte über die Zurechnungsfähigkeit zu befolgen sind. Man legte die Erwähnung dieser Milderungsgründe dahin aus, daß die Sanitätscommission doch der Sache nach eine beschränkte Zurechnungsfähigkeit habe aussprechen wollen, und unterstellte solche aus dem nur auf die Verschuldung sich beziehenden Ende des Gutachtens der Sanitätscommission da, wo sie weder für sich vorlag, noch von der Sanitätscommission behauptet war.

Sander.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 48. | Karlsruhe den 2. December 1837.

II.

Oberhofgericht.

Rechtsfall über die Zulässigkeit der Oberappellation gegen ein die Ladung erkennendes Urtheil des Hofgerichts, welche der Unterrichter zur Zeit versagt hatte.

In einer Erbschaftsauseinandersetzung wurde vor dem Unterrichter eine Klage angebracht, worüber er zwar eine Zeit lang verhandelte, dann aber erkannte, daß die Klage zur Zeit nicht Statt finde. Auf die dagegen ergriffene Appellation erkannte das hiesige Hofgericht, daß die Klage zur Zeit Statt habe, und wies sie zur weitern Verhandlung und Entscheidung an den Unterrichter zurück. Dagegen ward vom Beklagten die Oberappellation ergriffen, vom Oberhofgericht aber erkannt:

In Erwägung, daß durch das Urtheil des Hofgerichts vom 25. Mai d. J., wogegen die Oberappellation gerichtet ist, über keinen der Streitgegenstände endlich entschieden, vielmehr die ganze Streitsache, so weit sie in die Appellationsinstanz gedieh, zur Verhandlung und Entscheidung an den Erstinstanzrichter zurückgewiesen, und nur in Ansehung der Kosten des Appellationsverfahrens eine endliche Entscheidung gegeben wurde, somit jenes Urtheil in Beziehung auf die Hauptsache, oder auf die eigentlichen Streitgegenstände, weiter nichts als eine prozeßleitende Verfügung enthält.

In Erwägung, daß zufolge der im §. 1172 der Prozeßordnung ausgesprochenen Regel die Appellation, beziehungsweise die Oberappellation nur gegen ein Urtheil, das einen Streitgegenstand zuerkennt oder abspricht, zulässig ist, gegen blos prozeßleitende Verfügungen oder Zwischenurtheile aber nach §. 390, 1175 Nr. 2 der Prozeßordnung ein Rechtsmittel nur in der Art Statt findet, daß die Beschwerde erst mit der Appellation gegen das Endurtheil verbunden werden kann.

In Erwägung, daß zwar nach §. 302 und 391 auch gegen prozeßleitende Verfügungen oder Zwischenurtheile unter den dort bezeichneten Voraussetzungen und Bedingungen ein Rechtsmittel ausnahmsweise sogleich zulässig ist, daß aber im konkreten Fall es an jenen die Ausnahme begründenden Voraussetzungen und Bedingungen mangelt.

In Anbetracht, daß auch rücksichtlich der Kosten des Appellationsverfahrens, obgleich das angefochtene Urtheil darüber eine definitive Entscheidung ertheilt, die Oberappellation dennoch keinen Eingang gewinnen kann, weil in Gemäßheit der Bestimmung des §. 1175 Nr. 4 der Prozeßordnung eine Caution, die bloß Prozeßkosten betrifft, nur in dem einzigen Falle und nur aus dem einzigen Grund Statt finden soll, wenn das beschwerende Urtheil auf einen unwahren in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatz gebaut ist, welcher Fall und Grund der Zulässigkeit hier weder vorliegt, noch von den Oberappellanten auch nur behauptet wurde, aus diesen Gründen wird die Oberappellation, unter Verfällung des Oberappellanten in die Kosten dieser Instanz, als zur Zeit unstatthaft verworfen.

Die Richtigkeit dieser Entscheidung wird um so weniger einem erheblichen Zweifel unterliegen, als man sonst mit der entgegengesetzten Meinung auf das Resultat kommt, daß man gegen jedes Ladungsdecret auf die Klage alsbald die Appellation und Oberappellation ergreifen könnte, denn, wenn man appelliren kann, weil eine Klage nicht angebrachtermaßen oder zur Zeit unstatthaft verworfen wurde, so kann man auch gegen jede Ladung auf die Klage da appelliren und oberappelliren, wo man behauptet, daß die Klage hätte angebrachtermaßen oder zur Zeit unstatthaft verworfen werden sollen, und so könnte jeder Rechtsstreit schon über die Frage, ob es zu einem Rechtsstreit kommen soll, durch die drei Instanzen durchgeschleift werden. Die Entscheidung des Oberhofgerichts enthält übrigens selbst ihre eigene richtige Beschränkung durch ihren Bezug auf §. 302, 391 der Prozeßordnung, indem

Digitized by Google

sich nicht bezweifeln läßt, daß in dem Fall, wo die Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen oder zur Zeit unstatthaft auf eine vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens hergenommene Einrede begründet ist, gegen das Ladung erkennende Urtheil des Mittelgerichts die Oberappellation deshalb als zulässig erachtet werden muß, weil alsdann dieses Urtheil die nach §. 301 sogleich eine Appellation nach sich führende verzögerliche Einrede verwirft.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß man mit der Anwendung der Entscheidung des Oberhofgerichts, zumal bei Verwerfung einer Klage als zur Zeit unstatthaft, sehr vorsichtig seyn muß, denn, wenn z. B. A. ein Recht als unbedingt einklagt, drm B. die Einrede entgegensetzt, daß dem Recht durch einen nachgefolgten Vertrag eine Bedingung beigesetzt worden sei, welche noch nicht eingetreten, was A. widerstreitet, so ist die Verwerfung der Klage als zur Zeit unstatthaft zugleich die gänzliche Verwerfung des eingeklagten unbedingten Rechts, und wenn nun A. dagegen appellirt, und die Abänderung der Verwerfung der Klage als zur Zeit statthaft erreicht, so enthält diese Abänderung nothwendigerweise die Annahme, daß das Recht des A. unbedingt sei, was wieder auf der Seite des B. den richterlichen Ausspruch enthält, daß seine behauptete bedingte Schuld gänzlich verworfen wird. In diesen beiden, sich einander gegenüberstehenden Erkenntnissen liegt aber gewiß die alsbaldige Ab- oder Zuerkennung eines unter den Parteien streitigen relevanten Rechtsverhältnisses, was denn wieder die daraus unbestreitbar folgende Zulässigkeit der Appellation und Oberappellation begründet. Es kommt überhaupt nicht selten vor, daß die Unterrichter einen Rechtsstreit vollständig aushandeln, und dann die Klage angebrachtermaßen oder zur Zeit unstatthaft verwerfen. Da nun die §§. 357 bis 360, und die sich darauf beziehenden §§. 1230 bis 1238 der Prozeßordnung von der Voraussetzung ausgehen, daß alsbald auf die Klage ohne Verhandlung und selbst ohne Ladung erkannt worden ist, so hat man sich schon mehrmals bei hiesigem Hofgericht dahin entschlossen, nach Abänderung solcher Urtheile die Sache nicht an den Unterrichter zurückzugeben, sondern selbst definitives Endurtheil, oder selbst ein Beweiserkenntniß zu fällen. Und wenn man bedenkt, daß z. B. ein Unterrichter von der Ansicht ausging, das unter den Parteien bestehende Rechtsverhältniß sei das des Mandats, dem aber die Anführung eines dazu gehörigen wesentlichen Umstands mangle, weshalb er die Klage angebrachtermaßen verwirft, so konnte man hier in der Unterstellung des Rechtsverhältnisses der Geschäftsführung allerdings annehmen, daß der Unterrichter dieses Rechtsverhältniß definitiv verworfen habe, und man konnte allerdings alsdann bezüglich dessen ein definitives Urtheil fällen. Es hängt aber dieses so sehr von den Besonderheiten der betreffenden Fälle ab, daß sich deshalb kein anderer Grundsatz aufstellen läßt, als — judicem aestimaturum!

Sander.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Nichtigkeitsklage eines geheimen letzten Willens.

Hoffmann gegen Werle.

Am 13. Januar 1834 ließ die Ex-Nonne Katharina Hoffmann zu Osterburken den Theilungscommissär des Bezirks nebst sechs Zeugen zu sich berufen, um einen geheimen letzten Willen in Empfang zu nehmen. Auf dem Umschlage steht, so viel hierher gehört, von der Hand des Theilungscommissärs geschrieben:

„Dieselbe übergab sofort mir, dem Commissär, in Gegenwart der Zeugen ein versiegeltes Schreiben, mit der Erklärung, daß es ihren letzten Willen enthalte, den ein Dritter auf ihr Versprechen niedergeschrieben, sie aber eigenhändig unterschrieben habe. Die beiden Siegel enthalten die Buchstaben I. H. M. und einen Ochsenkopf. Ich, der Commissär, schreib nun auf gegenwärtigen, über die übergebene Schrift gefertigten Umschlag diese Urkunde eigenhändig nieder, las sie der Testirerin in Gegenwart der Zeugen vor und unterschrieb sie auf erfolgte allseitige Genehmigung mit der Testirerin und den Zeugen eigenhändig. Geschehen ununterbrochen wie oben."

Hierauf folgen sämmtliche Unterschriften. An dem Umschlage befinden sich zwei Siegel der vorhin beschriebenen Art, zwischen welchen der Rest eines Dritten ersichtlich ist. Dieses scheint, nach einigen noch lesbaren Buchstaben zu schließen, das Siegel des Amtsrevisorats Adelsheim zu seyn.

Nachdem die Testirerin unterm 2. März 1835 mit Tod abgegangen war, legte das Amtsrevisorat dem Bezirksamte das geheime Testament zur Beurkundung vor, welches den Blasius Hoffmann und den Philipp Werle nebst seiner Ehefrau Anna Maria, geborne Hoffmann, als nächste Intestaterben, auf den 30. März vorbeschied. Das in dieser Tagfahrt aufgenommene Protokoll ist folgenden Inhalts:

„Erscheinen die Vorgeladenen, welchen man den geheimen letzten Willen der Testatrix in Quartformat, versiegelt mit zwei Privatsiegeln und in der Mitte mit dem großherzogl. Amtsrevisoratssiegel, zur Beurkundung vor-

Digitized by Google

zeigte und ihnen dann die Urkunde des Theilungscommissärs deutlich vorlas, worauf dieselben erklärten: die Siegel sind unversehrt, und wir bitten daher, das Couvert zu eröffnen und uns den Inhalt des Testaments mitzutheilen. Man entsprach dem Verlangen und traf da einen Bogen Papier gleichfalls versiegelt an, welchen man öffnete und ihnen deutlich vorlas, worauf B. Hoffmann erklärte: ich bitte um Abschrift des Testaments und um eine Frist von vierzehn Tagen, um mich darauf zu erklären. Philipp Werle und dessen Ehefrau erklären: wir sind mit dem Testamente zufrieden und bitten um dessen Vollzug. — Urkundlich der Unterschriften ꝛc. ꝛc.“

In diesem Testamente d. d. Osterburken den 9. Januar 1834 ist die Werlesche Ehefrau als Universalerbin eingesetzt.

In einer Klage vom 6. November 1835 erklärte nun Bl. Hoffmann, daß er das ihm unterm 30. März vorgezeigte Testament nicht als die letzte Willensurkunde seiner verstorbenen Schwester anerkenne, indem es ihr durchaus an der im L. R. S. 1007 und in der Justizministerialverordnung vom 17. August 1825, Regierungsblatt Nr. XVIII., vorgeschriebenen Beurkundung fehle. Auch sei weder aus der Aufschriftsurkunde des Staatsschreibers, noch sonst ersichtlich, daß diese bei der Uebernahme des geheimen letzten Willens die Umschlagsurkunde in Gegenwart der Zeugen sogleich gesiegelt, und zwar so gesiegelt habe, daß nicht unbemerkt die Urkunde aus dem Umschlag herausgenommen und eine andere dafür eingeschoben werden konnte. Dies sei aber eine nothwendige Förmlichkeit, welche bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müsse. L. R. S. 976, 976a. und 1001.

Es wurde daher gebeten, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten, den letzten Willen der K. Hoffmann vom 9. Januar 1834 für nichtig, oder doch für nicht vollziehbar zu erklären, und die Vertheilung ihrer Verlassenschaft gesetzlicher Ordnung nach zu beschließen.

Auf diese Klage ward Ladung verfügt und nach gepflogener Verhandlung zu Recht erkannt, das Kläger mit der angestellten Klage auf Nichtigkeitserklärung und Unvollziehbarkeit des von der gewesenen Nonne K. Hoffmann von Osterburken herrührenden letzten Willens, unter Verfällung in die Kosten, lediglich abzuweisen sei.

Der Kläger appellirte gegen den ganzen Inhalt dieses Bescheids und bat, ohne etwas Neues vorzutragen, abändernd nach dem Klagbegehren zu erkennen.

In der Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerdeschrift wurde vorgetragen: Das Zugegenseyn des Staatsschreibers und der Zeugen, welche die Aufschriftsurkunde unterzeichnet haben, oder eine vorausgegangene Berufung derselben bei Eröffnung eines geheimen letzten Willens sei im L. R. S. 1007 nicht bei Strafe der Nichtigkeit, nicht einmal durch streng gebietende Fassung des Gesetzes vorgeschrieben. Es könne also auch die Nichtbeobachtung jener bloßen Vorschriftsmaßregeln die Nichtigkeit des angefochtenen Testaments nicht zur Folge haben. L. R. S. 6 K.

Pailliet, manuel etc. zu Art. 1007.

Zachariä, franz. Civilrecht, 3. Aufl. §. 713 a. f.

Die Verordnung des obersten Justizdepartements vom 17. August 1825 habe keine Gesetzeskraft, enthalte aber auch für die zu entscheidende Frage nicht mehr, als der L. R. S. 1007 selbst.

Abgesehen davon, sei die Eröffnung des Testaments in der Art, wie sie geschehen, auf das Verlangen des Klägers selbst erfolgt, welcher durch dieses Verlangen und dadurch, daß er gegen die vorschriftswidrige Eröffnung nicht protestirt, ja sogar die Unversehrtheit der Siegel anerkannt habe, auf die Beobachtung der nach L. R. S. 1007 einzuhaltenden Förmlichkeiten offenbar verzichtet hätte.

Sodann sei nicht zu übersehen, daß das Gesetz überall, wo es, wie z. B. in L. R. S. 972, 73, 77 und 79, verlange, daß der geschehenen Beobachtung einer bestimmten Förmlichkeit in irgend einem Akte ausdrücklich Erwähnung geschehen soll, dieß auch ausdrücklich vorschreibe. Hieraus und aus dem weiteren Grunde, daß Gesetze über Beobachtung von Förmlichkeiten nur ganz strenge ausgelegt werden dürften, folge denn von selbst, daß, wo nicht bei Strafe der Nichtigkeit geboten sei, der geschehenen Beobachtung einer Förmlichkeit in dem betreffenden Akte zu erwähnen, nicht diese Erwähnung, sondern lediglich die Beobachtung der Förmlichkeit selbst zu den nothwendigen gehöre, mit anderen Worten, wo die Erwähnung nicht ausdrücklich vorgeschrieben, da wirke nicht die Nichterwähnung, sondern blos die Nichtbeobachtung der Förmlichkeit selbst, in so fern sie eine nothwendige sei, die Nichtigkeit des Akts.

Wenn nun der L. R. S. 976 im Aufschriftsakte die Bemerkung, daß der Umschlag in Gegenwart der Zeugen versiegelt worden, mit keiner Silbe, der L. R. S. 976a. aber blos die Besiegelung selbst verlange, so könne auch aus dem Umstande, daß der Besiegelung in Gegenwart der Zeugen im Aufschriftsakte nicht erwähnt sei, eine Nichtigkeit desselben und folgeweise Nichtigkeit des Testamentes selbst nicht gefolgert werden. Daß aber der Aufschriftsakt so versiegelt gewesen, daß nicht unbemerkt die

Digitized by Google

Urkunde aus dem Umschlage herausgenommen und eine andere dafür eingeschoben werden konnte, ergebe sich aus dem amtlichen Protokoll vom 30. März 1835, nach welchem dem klagenden Theile das verschlossene Couvert selbst vorgezeigt, er gegen den richtigen Verschluß nicht nur nichts eingewendet, sondern sogar die Siegel als unversehrt anerkannt und um Eröffnung gebeten habe. Es gehe dies aber auch aus dem weiteren Umstande hervor, daß nach demselben Protokolle das Testament mit zwei Privatsiegeln und dem Amtsrevisoratssiegel versehen gewesen sei.

Aus den oben ausgeführten Gründen sei auch die Erwähnung im Akte, daß Alles in ununterbrochener Handlung geschehen, keine Förmlichkeit jenes Akts. Die Ununterbrochenheit der Handlung selbst sei aber aus dessen Kürze, aus der Untheilbarkeit seines Inhalts und aus seiner ganzen Fassung zu ersehen. Abgesehen davon, sei derselbe aber auch in der am Schlusse befindlichen, von der Testirerin vor dem Staatsschreiber und sämmtlichen Zeugen unterschriebenen Worte, „geschehen ununterbrochen wie oben," wirklich Erwähnung gethan, weshalb auch der Aufschriftsakt jedenfalls zu Recht bestehen müsse.

Sirey, t. 20, 1. p. 191.

Laukhards, Rechtsfälle, 2. Bd. 2. Heft. Stück XXXI. S. 197.

Eventuell wurde durch Berufung auf die Testamentszeugen selbst der Beweis darüber, daß in ihrer und der Testirerin Gegenwart der Umschlag des Testaments gehörig versiegelt worden sei, unter Vorlage der Artikel mit dem Bemerken angetreten, daß die Zulässigkeit dieses Zeugenbeweises in so fern nicht bezweifelt werden könne, als die Zeugen nicht gegen den Inhalt, sondern nur zur Vervollständigung des Inhalts einer Urkunde aussagen sollten.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher, Jahrg. 1833, Heft 6 S. 451 ff.

Gebeten ist, den amtlichen Bescheid, unter Verfällung des Klägers in die Kosten der zweiten Instanz, zu bestätigen.

Auf mündliche Schlußverhandlung wurde jedoch durch hofgerichtliches Urtheil vom 2. September 1837 abändernd zu Recht erkannt:

„Daß der letzte Wille der K. Hoffmann vom 9. Januar 1834, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten beider Instanzen, für nichtig zu erklären seie."

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Erblasserin, K. Hoffmann, am 13. Januar 1834 dem zu sich berufenen Theilungscommissär in Gegenwart von sechs Zeugen ein versiegeltes Schreiben mit der Erklärung übergeben hat, daß es ihren letzten Willen enthalte, den ein Drittee auf ihr Vorsprechen niedergeschrieben, sie aber eigenhändig unterschrieben habe;

In Erwägung, daß die über diesen Vorgang von dem Staatsschreiber gefertigte Urkunde nicht auf die Außenseite des Testamentes, sondern auf jene des darüber gemachten Umschlages geschrieben wurde;

In Erwägung, daß deshalb nach L. R. S. 976 und 976 a. der Umschlag durch den Staatsschreiber so besiegelt werden mußte, daß nicht unbemerkt die Testamentsurkunde aus demselben herausgenommen und eine andere dafür eingeschoben werden konnte;

In Erwägung, daß sich nun zwar an dem, unterm 30. März 1835 vor Gericht geöffneten Umschlage drei Siegel befanden, welche von den jetzigen Streittheilen als unversehrt anerkannt wurden;

In Erwägung jedoch, daß aus der Fassung und dem Inhalt der Aufschriftsurkunde überall nicht hervorgeht, wann, durch wen und ob in ununterbrochener Handlung der Umschlag besiegelt worden?

In Erwägung, daß der Mangel dieser öffentlichen Beurkundung weder durch die Anerkennung der Integrität jener drei Siegel von Seiten der Betheiligten, noch durch die Aussagen der Testamentszeugen geheilt werden kann, weil die Beobachtung der Förmlichkeiten des L. R. S. 976 bei Strafe der Nichtigkeit geboten ist;

In Erwägung, daß also das fragliche Testament, auch wenn bei dessen Eröffnung die Vorschriften des L. R. S. 1007 gehörig beobachtet worden wären, nach L. R. S. 1001 dennoch nicht aufrecht erhalten werden könnte;

In Erwägung, daß sonach das Begehren des Klägers, den letzten Willen der K. Hoffmann vom 9. Januar 1834 für nichtig zu erklären, rechtlich begründet ist;

Nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung A. d. Gr. ꝛc.

Bayer.

Verbesserung.

Seite 270, Spalte 1, Zeile 13 von unten lies: „erst nach der Geburt gefaßt," statt: „erst nach der That gefaßt."

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 49. Karlsruhe den 9. December 1837.

I.

Bemerkungen zu dem Aufsatz in den Annalen 1837 Nr. 29, I., die Bestrafung der Rechnersuntreue betreffend.

Trotz der belobten Richtigkeit und Scharfsinnigkeit des dorten mitgetheilten Gutachtens über die Bestrafung der Rechnersuntreue, scheint die strittige Frage, ob bei dem gänzlichen Ersatz des Recesses jede Freiheitsstrafe wegfalle, oder immer noch eine bürgerliche Gefängnißstrafe von vier Wochen zu erkennen seie, in keiner genügenden Weise gelöst zu seyn.

Vorerst kann man der Einleitung des ganzen Gutachtens, der allgemeinen Bestreitung des Milderungsgrundes des Ersatzes eines durch ein Vergehen angerichteten Schadens ein Verdienst und Lob geben, welches man will, so wird man doch damit zur Entscheidung des streitigen Punkts nicht weit kommen, weil der §. 90 des Strafedikts diesen Ersatz eben als gesetzlichen Milderungsgrund einführt. Man kann nicht weiter damit kommen, als daß man behauptet, dieser gesetzliche Milderungsgrund darf nicht über die Vorschrift des Gesetzes ausgedehnt werden. Das will aber Niemand, sondern man behauptet, daß das Gesetz bei dem gänzlichen Ersatz des Rezesses auch das gänzliche Wegfallen der Gefängnißstrafe vorschreibe, und wenn dieses der Fall ist, so muß man die Vorschrift des Gesetzes befolgen, obschon man vielleicht nachweisen könnte, daß es dem Geiste einer vernünftigen Gesetzgebung widerspreche. Es wird zwar behauptet, der Sinn des §. 90 sei zweifelhaft; allein wenn man dieses auch zugiebt, so kann man wahrlich nicht der Definition der Zweifelhaftigkeit eines Gesetzes beistimmen, welche im Eingang des erwähnten Gutachtens gegeben wird. Zweifelhaft soll der Sinn des Gesetzes, also das Gesetz selbst seyn, sobald es in seinem Wortlaut genommen auf eine Folge leiten kann, welche einer vernünftigen Gesetzgebung widerspricht. Das ist aber doch gewiß eine handgreiflich unrichtige Definition der Zweifelhaftigkeit eines Gesetzes. Was ist denn eine vernünftige Gesetzgebung? In dem hier unterstellten Begriff ist es nicht die positive Gesetzgebung, weil man sonst im Widerspruch eines Gesetzes mit der Bestimmung eines andern Gesetzes nicht sowohl auf eine Zweifelhaftigkeit, als vielmehr auf einen Gesetzeswiderspruch, auf eine Antinomie kommt, sondern es ist die unfaßbare Lehre der Wissenschaft, die Theorie des Rechts darunter zu verstehen, das All des Vernunftrechts. Alles dieses, die Lehre der Wissenschaft, die Theorie des Rechts, ist aber lediglich nichts positiv Bestimmtes, und wenn man sagen wollte, alle positiven Bestimmungen unserer Gesetze, welche in ihren Folgen den Grundsätzen einer vernünftigen Gesetzgebung widersprechen, sind zweifelhaft, so kann man, je nachdem man einen Begriff von den Grundsätzen einer vernünftigen Gesetzgebung hat, sehr wohl auf den Schluß kommen, daß alle unsere ganz deutlichen, positiven Gesetze zweifelhaft sind. So z. B. ist es gar nicht unvernünftig, zu sagen, der Mensch hat nicht das Recht, einen Andern mit dem Tode zu strafen, folglich widerstreitet das die Todesstrafe einführende Gesetz einer vernünftigen Gesetzgebung, folglich ist das die Todesstrafe einführende Gesetz zweifelhaft, und folglich bin ich als Richter nicht an die Einführung der Todesstrafe gebunden, weil ihre Einführung im Gesetz zweifelhaft ist! Doch genug davon. Zweifelhaft ist der Sinn der Vorschrift eines Gesetzes alsdann, wenn die Vorschrift in dem Sinn des Sprachgebrauchs ihres Wortlauts genommen entweder nicht vollständig erkennen läßt, was der Wille des Gesetzgebers überhaupt war, oder wenn der Sinn des Wortlauts der Vorschrift ein mehrdeutiger ist, welcher es also im Zweifel in Undeutlichkeit setzt, welcher Sinn im Ausdruck des Gesetzgebers lag und welches also sein Wille selbst ist.

Davon ausgegangen, so ist die Vorschrift des §. 90 des Strafedikts, „auch ist bei den vier höhern Graden (nicht aber bei dem untern, dessen Strafe schon gelind ist) das bei Berechnung der Strafzeit außer Anrechnung zu lassen, was der Thäter oder Andere für ihn alsbald ersetzen," in

Digitized by Google

keiner Weise zweifelhaft, denn sie schreibt ganz deutlich vor, daß bei den vier höhern Graden der Betrag des Rezesses nicht in Anrechnung für die Strafzeit gebracht werden soll, welcher ersetzt ist. Nun wird aber nach dem ganzen Paragraphen die Strafzeit nach dem Betrag des Rezesses berechnet, und wenn also der ganze Betrag des Rezesses gedeckt ist, so bleibt eben nichts übrig, wornach die Strafzeit zu rechnen ist, folgeweise ist keine Strafzeit zu berechnen und anzusetzen. Dem Sinn des Wortlauts obiger Vorschrift nach läßt sich darin gar keine Undeutlichkeit entdecken, und der dagegen erhobene Zweifel kommt auch keineswegs daher, daß man die Vorschrift, grammatikalisch genommen, zweifelhaft findet, sondern er kommt daher, daß man es für unrecht, für inkonsequent ansieht, daß der 1000 fl. unterschlagende Rechner sich mittelst des Ersatzes von jeder Leibesstrafe frei machen könne, während der nur 50 fl. unterschlagende Rechner dieses nicht zu thun im Stande seie. Man vermag es sich nicht zu erklären, daß der geringere Verbrecher härter zu strafen seie, als der schwerere, und kommt so zu dem Ergebniß, daß die Strafe des untern Grades mit vier Wochen Gefängniß überall und selbst bei den höhern Graden als Hauptstrafe, unangesehen jedes Ersatzes, zu erkennen seie.

Allein vorerst ist diese Auslegung eines grammatikalisch unzweifelhaften Strafgesetzes eine solche, welche aus logischen Gründen auf eine Strafe von vier Wochen Gefängniß führt, die nicht im Wortlaut des Gesetzes liegt, und wenn es überhaupt schon unzuläßig ist, bei einer grammatikalisch deutlichen Vorschrift eines Gesetzes zu einer logischen Interpretation desselben zu schreiten, so ist die logische Interpretation eines deutlichen Strafgesetzes, wodurch man gegen den Wortlaut desselben zu einer sich selbst logisch erschaffenen Strafe gelangt, doppelt verwerflich und unzuläßig.

Ueberdies sind die zwei Hauptvoraussetzungen dieser logischen Interpretation sehr zu bestreiten.

Es wird behauptet, daß die vierwöchentliche Gefängnißstrafe die Haupt-, die Grundstrafe des Rechnungsrezesses seie, und also überall bei diesem Vergehen bestehen bleiben müsse. Allein dieser Charakter der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe ist sehr zu bezweifeln, denn wenn man bei einem Vergehen von einer Haupt-, von einer Grundstrafe sprechen will, so wird man vor Allem jene Strafe als die Grund- und Hauptstrafe erkennen müssen, welche überall bei dem Vergehen eine und dieselbe unwandelbare bleibt, indem eine in sich ungleiche und wandelbare Strafe keine Grundstrafe seyn kann. Man baut nichts Sicheres auf einen wandelbaren Grund. Nun ist aber bei der Bestrafung der Rechnersuntreue die Gefängnißstrafe schlechthin wandelbar, denn sie wird in ihrer Dauer nach dem Betrag des Recesses wandelbar von vier Wochen bis zur Möglichkeit der ganzen Lebenszeit bestimmt, und sie ist in ihrer Art wandelbar, weil für die Rechnersuntreue bürgerliches Gefängniß, und je nach Stand und Leibesbeschaffenheit Arbeitshaus- und selbst Zuchthausstrafe erkannt werden darf. Eine solche in sich, in Art und Dauer wandelbare Strafe ist aber gewiß keine Grundstrafe, und bedenkt man noch die weitere Eigenschaft einer Grundstrafe eines Vergehens, daß solche überall bei Vorkommenheit des Vergehens an sich eintreten, und durch außerwesentliche, zufällige Ereignisse bei und nach dem Vergehen nicht verändert werden soll, so ist die Gefängnißstrafe ebenfalls wieder nicht die Grundstrafe der Rechnersuntreue, weil sie gerade durch das zufällige Ereigniß des Ersatzes verändert und höchst verschieden bestimmt wird. Dagegen ist die Dienstentsetzung bei der Rechnersuntreue überall die gleiche, sie wird in nichts verändert, bleibt bei dem vollständigen Ersatz bestehen, und erwägt man noch, daß die Rechnersuntreue für sich zu den öffentlichen Vergehen, zu den Dienstverbrechen gehört, so trifft damit der auf die Dienstentsetzung fallende Charakter der Haupt- und Grundstrafe überein, weil bei allen Dienstverbrechen die Dienstentsetzung die hauptsächlich eintretende Strafe ist.

Ueberdies ist auch die Dienstentsetzung, gegenüber der als Grundstrafe angenommenen vierwöchentlichen Gefängnißstrafe, offenbar die schwerste. Vorerst muß man zugeben, daß das Verbrechen der Rechnersuntreue hauptsächlich als Verbrechen der Staatsbeamten aufgestellt ist, und daß seine Ausdehnung auf Gemeinds- und Stiftungsverrechner eine neben bei liegende ist, aus welcher nichts Wesentliches für die Bestrafung des Vergehens im Allgemeinen argumentirt werden kann. Bei dem Staatsbeamten ist aber die Dienstentsetzung die bei weitem schwerste Strafe, die mit dem Gewicht einer vierwöchentlichen Gefängnißstrafe in gar keinem Verhältniß steht, und bedenkt man selbst bei den Gemeinds- und Stiftungsverrechnern, daß durch die ausgesprochene Dienstentsetzung nicht nur der Verlust des aus der verwalteten Kasse immerhin bezogenen Diensteinkommens, sondern auch durch die natürliche Fortwirkung der Strafe die Unfähigkeit und Unwürdigkeit zu fernern gleichen und ähnlichen Diensten, also ein Verlust der öffentlichen Ehre in dieser Beziehung ausgesprochen wird, so wird man zugeben, daß selbst bei den Gemeinds- und Stiftungsverrechnern, welche nicht allein von ihrem Diensteinkommen leben, die Dienstentsetzung gegenüber der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe gleichfalls die schwerere Strafe bleibt.

Ist sonach die Unterstellung der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe als Haupt- und Grundstrafe der Rechners-

Digitized by Google

untreue als unrichtig zu bezeichnen, so ist auch die weitere Unterstellung, daß der Gesetzgeber im §. 90 des Strafedicts ausdrücklich bestimme, daß der Ersatz bei einem Rechnungsrezeß über 50 fl. keine Freigebung von der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe zur Folge habe, noch sehr zu bestreiten.

Bei den vier höhern Graden, nicht aber bei dem untern Grad, soll der Ersatz eine Wirkung auf die Gefängnißstrafe äußern. Das ist die unzweifelhafte Bestimmung des §. 90. Nun wird behauptet, der Rezeß von 50 bis 100 fl. ist der untere Grad, er ist in dem Rezeß mit einem größern Betrag, also mit einem höhern Grad enthalten, folgeweise bleibt auch bei dem höhern Grad die Strafe des untersten Grads bestehen. Allein hier tritt der allerdings sonderbare Umstand ein, daß, wenn man die verschiedenen Grade der Rechnersuntreue nach den Bestimmungen des §. 90 in das Auge faßt, man überhaupt nicht über vier verschiedene Grade hinauszählen kann, und daß man dabei gerade den sogenannten untersten Grad des Rezesses von 50 bis 100 fl. unter die höhern vier Grade mitzählen muß. Im §. 90 werden nämlich folgende Fälle der Rechnersuntreue unterschieden:

1. der Rezeß von 50 bis 100 fl.;
2. der Rezeß unter 50 fl., wo aber der Verrechner schon einmal korrigirt war.;
3. der Rezeß von 100 bis 150 fl.;
4. der Rezeß über 150 fl.;

und die Strafen werden dafür folgendermaßen bestimmt:

Für 1 und 2 einmonatliches Gefängniß und Dienstentsetzung;

für 3 ein Jahr Gefängniß und Dienstentsetzung; und

für 4 Dienstentsetzung und je für 50 fl. über 100 fl. ein Vierteljahr Gefängniß über die Gefängnißstrafe von Nr. 3.

Dieses sind die vier verschiedenen Grade der Rechnersuntreue, mit ihren verschiedenen Strafen. Man mag den §. 90 drehen und wenden, wie man will, man bringt nicht mehr Grade heraus, und wendet man also die Schlußbestimmung des §. 90 darauf an, so kommt man zu dem die ganze gegenseitige Ausführung umfassenden Ergebniß, daß auch bei dem Rezeß von 50 bis 100 fl. der Ersatz desselben die vierwöchentliche Gefängnißstrafe ausschließt, und daß also der §. 90 in keiner Weise irgend einen Widerspruch darin mit sich führt, daß er den Ersatz nur dem schwereren Verbrecher, nicht aber auch dem leichtern Verbrecher zu gut schreibt. Der §. 90 schreibt hiernach ganz deutlich vor, die Dienstentsetzung ist die unwandelbare Strafe der Rechnersuntreue. Die Gefängnißstrafe dagegen ist nach der Höhe des Rezesses und nach dem Betrag des Ersatzes wandelbar. Wird aber alles ersetzt, so ist bei allen Graden der Rechnersuntreue keine Gefängnißstrafe anzusetzen.

Was kann man nun dagegen einwenden? Nicht viel, und jedenfalls nichts, was beweisen könnte, daß diese Auslegung gegen die Absicht und den Zweck des Gesetzgebers verstößt. Mag man von der allerdings bedeutenden Wirkung des Ersatzes auf die Bestrafung der Rechnersuntreue halten, was man will, so ist eben so viel richtig, daß der Gesetzgeber dabei vor Allem auf das Wiederhabhaftwerden der Staatsgelder losteuert, und sich Arbeitshaus und Zuchthaus mit Geld abkaufen läßt. Das ist aber gerade die schwerere auch für den schwereren Verbrecher bestimmte Strafe, und wenn also der untreue Verrechner, der nach der Größe seines Rezesses auf eine Dauer von 100 Jahren in das Zuchthaus käme, sich von dem Zuchthaus mittelst des Ersatzes loskaufen kann, so wäre es eine sonderbare Idee des Gesetzgebers gewesen, wenn er geglaubt hätte, daß er mittelst der Bestimmung der Unwandelbarkeit der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe noch irgend etwas gethan hätte, was den untreuen Verrechner vom Rezeßmachen abhalten könnte. Die Dienstentsetzung ist die Strafe, welche er befürchtet, und ob er noch vier Wochen bürgerliches Gefängniß erstehen muß oder nicht, das ist ihm gewiß kein Grund, der ihn bewegt, nicht ungetreu zu seyn. Kann sich aber der schwere Verbrecher von langjährigem Arbeitshaus und Zuchthaus loskaufen, so ist gar kein Grund einzusehen, warum man dem leichtern Verbrecher mittelst Ersatzes seines Rezesses bis zu 100 fl. nicht gleichfalls vergönnen soll, sich von seiner vierwöchentlichen Gefängnißstrafe loszukaufen. Man sagt zwar, dadurch reize man den Verrechner, wenigstens 100 fl. zu veruntreuen, um sich alsdann in der Lage zu sehen, durch Ersatz jede Freiheitsstrafe von sich abzuwälzen. Allein dieser Einwand geht jedenfalls nur von der Unterstellung aus, daß es im Gesetz schon ausgedrückt sein, daß bei einem Rezeß unter 100 fl. überall die vierwöchentliche Strafe erkannt werden müsse. Diese Unterstellung ist aber unrichtig. Und wenn auch, so wird ein Verrechner sich überhaupt nicht leicht durch die Möglichkeit des Ersatzes allein zur Untreue bestimmen lassen, denn dieser Ersatz ist ihm immerhin ungewiß, und andere Gründe, Leichtsinn und Schlechtigkeit sind es, welche die Rechnersuntreue und die Größe ihres Betrags bestimmen. Dagegen wird die Meinung der Unablösbarkeit der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe die gerade dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufende Folge haben, daß kein Rezeß bis zu 100 fl. ersetzt, und daß bei Rezessen über 100 fl. nur bis zu 99 fl. 59 kr. Ersatz geleistet wird. Denn warum sollte ein solcher Ersatz geleistet werden, wenn dadurch die Gefängnißstrafe

Digitized by Google

nicht verändert und aufgehoben wird. So wie man aber, zumal bei einem Strafgesetz, nachweisen kann, daß die grammatikalische Auslegung nicht auf eine Steafe führt, und daß die logische Auslegung bei der Einführung der Strafe gegen den klaren Zweck und die unverkennbaee Absicht des Gesetzgebers anstößt, so wird man wohl behaupten dürfen, daß diese Auslegung und die daeauf gegründete Strafe unzulässig ist, und davon ausgegangen, wird man jedenfalls zugeben, daß die Richtigkeit der gegentheiligen Ansicht noch keineswegs sicher gestellt ist.

Nur eines läßt sich der hier versuchten Auslegung des §. 90 des Strafedicts entgegnen. Der Umstand nämlich, daß man bei der Unterscheidung der vier höhern Geade der Rechnersuntreue nirgends entnehmen kann, was denn der untere Grad ist. Das ist richtig. Allein daraus folgt denn doch noch nicht, daß man nun geradezu den Grad des Rezesses von 50 bis 100 fl. als den untern annimmt, weil man alsdann nothwendigerweise zu dem Ergebniß kommt, keine vier höhere, sondern nur zwei höhere Grade zu erhalten, indem der Rückfall in den Rezeß unter 50 fl. mit dem Rezeß von 50 bis 100 fl. gleich steht. Bei diesee allerdings bestehenden grammatikalischen Undeutlichkeit muß man sich vor Allem an den Zweck und die Absicht des Gesetzgebers halten, und sich alsdann für die Ablösbaekeit der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe entscheiden, weil nur damit der Ersatz des Rezesses erreicht wird, den der Gesetzgeber offenbar begünstigen will.

Da jedoch der Gesetzgeber im §. 90 von dem Rückfall in den Rezeß unter 50 fl. spricht, und es ihm ohnedies nahe lag, sich einen Rezeß unter 50 fl. zu denken, so ist es nicht gezwungen, wenn man den ersten Rezeß unter 50 fl. als den untern Grad der Rechnersunteeue im Allgemeinen betrachtet, nnd alsdann den §. 90 so auslegt, daß die allerdings nicht hier, sondern anderwäets bestimmte Strafe des Rezesses unter 50 fl. wegen ihrer hauptsächlich darin liegenden Unbedeutenheit, daß dabei nicht auf Dienstentsetzung erkannt wird, nicht durch den Ersatz verändert werden kann, sondern daß diese Veränderung nur bei den vier höhern Graden eintritt. Alsdann ist der §. 90 ganz klar und deutlich, und alsdann kann von einer Unablösbarkeit der vieewöchentlichen Gefängnißstrafe keine Rede seyn. Sander.

II.

Rechtsfall über Verwundung, insbesondere darüber, was zum subjectiven Thatbestand dieses Vergehens gehört.

Ein Schnitter arbeitete am Mähen einer Wiese, als ein Betrunkener ihn unterbrach und von ihm durchaus den Namen desjenigen wissen wollte, mit dem er eben auf der vorbeiziehenden Straße in Händel gerathen sei. Der Schnitter wußte davon nichts, und bedeutete dem Andern, ihn foetarbeiten zu lassen; dieser ward ungestüm und suchte dem Schnitter die Sense zu entreißen, worauf dieser um Hülfe rief. Es kamen nun zwei andere Schnitter herbei, und rissen den Beteunkenen von dee ergriffenen Sense weg; der Betrunkene und einer dee herbeigekommenen Schnitter rangen dabei miteinander, und der Betrunkene kam auf den Boden, von diesem raffte er sich auf, zog aus einem nebenstehenden Zaun einen Baumstickel hervor und schlug damit auf den herbeigekommenen Schnitter zu, worauf dieser die Sense ergeiff und, damit den Schlag erwiedernd, dem Angreifer eine Wunde am Kopf beifügte, welche jedoch nicht gefährlich war und ohne bleibenden Schaden geheilt wurde.

Der Refeeent wollte den Angeschuldigten wegen nicht gefährlicher Verwundung mit einem schädlichen Instrument, in Anbeteacht der Milderungsgründe, mit 14 Tagen peinlichem Gefängniß bestraft wissen. Die Majorität fand aber den Angeschuldigten im Stand gerechter Nothwehr, und sprach ihn von aller Strafe frei, und dagegen rekurrirte der Staatsanwalt an das Oberhofgericht mit dem Ansuchen, den Angeschuldigten wegen Verwundung zu bestrafen, von wo aus das Urtheil noch aussteht.

Ob nun das Obeehofgericht auch eine Nothwehr annimmt, oder nicht, mag dahin gestellt bleiben, denn diese Frage hängt zu sehr von den Eigenthümlichkeiten des besondern Falls und den individuellen Ansichten der Votanten ab, als daß sich darüber eine Erdeterung eeheben läßt, ob eine Nothwehr vorlag oder nicht. Ob sodann der Fall in sich bedeutend genug war, um einen Rekues des Staatsanwalts übeehaupt herbeizuführen, kann man dahin gestellt seyn lassen. Ueber alles dieses ergeht der Aufsatz nicht, sondern nur das ist die Frage, ob der Angeschuldigte sich überhaupt des Vergehens der Verwundung schuldig gemacht hat, und deßhalb, wie der Staatsanwalt verlangt, zu bestrafen war.

Der §. 71 b des Strafedicts verlangt zur Form des Vergehens der Verwundung, d. h. zum subjectiven Thatbestand, den Umstand, das der Angriff, wodurch die Verletzung geschehen ist, in der Absicht zu beleidigen unternommen worden seie. Dieser Absicht zu beleidigen wird im Verlauf des §. 71 noch mehrmals unter Lit. f. und i. erwähnt, wo von dem Beleidigten und dem Urheber der Beleidigung gesprochen wird, und so lange man annehmen muß, daß man ein Vergehen nue da als vorhanden betrachten daef, wo die vom Gesetz zu seiner Form, zu seinem Thatbestand verlangten Erfordernisse vorliegen, eben so lange wird man behaupten

Digitized by Google

dürfen, daß der Richter das Vergehen der Verwundung nur da annehmen darf, wo er berechtigt ist, dem Angeschuldigten bei seiner Handlung die Absicht zu beleidigen, unterlegen zu können.

Allerdings ist es nicht nöthig, daß diese Absicht überall ausdrücklich eingestanden, oder auf das bestimmteste, z. B. durch Mitgebrauch von Schimpfwörtern, bewiesen seyn muß. Die Absicht zu beleidigen wird sogar bei der Verwundung in der Regel und namentlich da zu vermuthen seyn, wo der Angeschuldigte überhaupt autor rixæ et pugnæ, oder wo er nur autor pugnæ war, wo also die pugnæ, d. h. die Thätlichkeit, die Folge eines vorausgegangenen Streits gewesen ist, und wo sich daher die Thätlichkeit wohl überall als die Erwiederung einer in der vorausgegangenen rixa erlittenen Beleidigung folgeweise selbst als Widerbeleidigung darstellt. Aber nothwendig ist es denn doch nicht, daß man bei der einem Andern zugefügten Verwundung überall die Absicht zu beleidigen unterstellen muß, und wenn insbesondere in einem vorliegenden Fall dargethan ist, daß der Angeschuldigte den Verwundeten nicht kennt, und mit ihm in keinem Streite lag, worin er eine Beleidigung erhalten hätte, wenn erwiesen ist, daß er von dem Andern auf eine gefährliche Weise angegriffen wurde, und er nunmehr diesen Angriff erwiederte, um seiner Fortsetzung zuvorzukommen, wenn mit einem Wort Alles dafür spricht, daß der Angriff auf den Verletzten in keiner andern Weise geschah, als um sich selbst zu wehren, so sollte man doch glauben, daß in einem solchen Fall, wo von der zum Vergehen der Verwundung nothwendigen Absicht, zu beleidigen, auch entfernt nichts vorlag, und weitab nichts zu vermuthen ist, von dem Vergehen der Verwundung um so weniger die Rede seyn kann, als die ganze Lage des Falls für die Absicht, sich zu wehren, spricht, und wohl die Absicht, zu beleidigen, eine in sich rechtswidrige, die sich zu wehren aber eine erlaubte Absicht ist.

Hier tritt aber alles dieses ein. Der Angeschuldigte kennt den Verwundeten nicht. Er kam auf das Hülfsgeschrei des ersten Schnitters bei, er hatte also die Absicht, zu helfen, und wenn er nun bei dem Losreißen des Verwundeten von der Sense mit demselben rang, und von ihm einen Schlag mit dem Baumstickel erhielt, so wird man, in so lange man ihm nicht zumuthen kann, daß er sich ruhig hätte mit dem Baumstickel von dem betrunkenen Angreifer todtschlagen lassen sollen, nicht zu der Unterstellung und durch nichts unterstützten Vermuthung berechtigt seyn, daß die Erwiederung des Schlags mit dem Baumstickel durch den Schlag mit der Sense in der Absicht, zu beleidigen, und nicht in der Absicht, sich zu wehren, geschah. Hier lag der Thatbestand, die Form des Vergehens der Verwundung um so weniger vor, als der im besten Ruf stehende Angeschuldigte wegen der Verwundung mit einem schädlichen Instrument nach §. 71 h. in eine peinliche Schellenwerksstrafe verurtheilt werden müßte, und es fürwahr ungerecht ist, den schellenwerken zu lassen, der sich gegen einen Betrunkenen seines Leibs und Lebens erwehrt. Gerade der Umstand, daß man nach §. 71 Lit. i., im Fall der Angeschuldigte nicht zugleich autor rixæ et pugnæ ist, nur im Maß der Strafe, nicht aber in der Art derselben herabsteigen darf, beweist am besten, daß der Gesetzgeber auch in diesem Fall noch die Absicht, zu beleidigen, verlangt; denn das ist doch wohl nicht zu vermuthen, daß er für den Fall, wo Einer einem Andern ihn gefährlich Angreifenden eine nicht gefährliche Verwundung mit einem schädlichen Instrument zufügt, die Bestimmung getroffen hätte, daß er schellenwerken muß. Man sagt zwar, daß derlei Verletzungen straflos wären, wenn man sie nicht als das Vergehen der Verwundung betrachtete, und daß man sich eben doch eine Abwehr ohne Verletzung des Angreifers denken könne, weßhalb die Verletzung immerhin eine strafbare Handlung sei. Man kann dieses zugeben. Allein es ist ein Irrthum, wenn man daraus folgert, daß also die strafbare Verletzung als das Vergehen der Verwundung gestraft werden müsse, und ein solcher Irrthum ist keine Rechtfertigung dafür, daß man, unbeachtet der bestimmten Vorschrift des Gesetzes über den Thatbestand der Verwundung, solchen willkührlich dahin erweitert, daß man die Absicht, sich zu wehren, der Absicht, zu beleidigen, geradezu gleichstellt.

Wenn man nämlich in einer bei der Abwehr einem Andern zugefügten Verletzung nicht das selbstständige Vergehen der überschrittenen Nothwehr finden will, so kann man einer solchen Verletzung noch auf einem andern Weg mit Strafe beikommen. Wer sich eines Angriffs erwehrt, der keinen Nothstand herbeiführte, hilft sich selbst. Nur im Fall eines einen Nothstand herbeiführenden Angriffs ist die Abwehr in sich erlaubt, im übrigen bleibt sie eine Selbsthülfe, welche in einem geordneten Staate verboten ist, und welche — als verboten — von den neuern Rechtslehrern, z. B. Wächter §. 146, Roßhirt §. 284, Mittermaiers Ausgabe von Feuerbach §. 186 seq. zum Vergehen der Gewaltthätigkeit, zum wohlbekannten crimen vis gerechnet wird. Findet man also eine Verletzung eines Angreifers, welche nicht durch Nothwehr entschuldigt ist, welche aber doch in der erwiesenen Absicht, sich zu wehren, und nicht zu beleidigen geschah, so steht nichts im Wege, diese Verletzung als unerlaubte, gewaltthätige Selbsthülfe und zwar alsdann willkührlich, d. h. nach Ermessen des Falls, zu strafen. Man wird alsdann,

Digitized by Google

zumal bei nicht gefährlichen Verwundungen, bürgerliche Strafe aussprechen können, und wahrt damit das Interesse des Staats auf Bestrafung aller rechtswidrigen Handlungen besser, als dadurch, daß man mit Verletzung des Gesetzes eine solche Handlung als Vergehen der Verwundung bestraft. Sander.

III.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall zur Erläuterung der §§. 1072 — 1074 der Prozeßordnung.

Zwei im Vollstreckungswege ihre Forderungen betreibende Gläubiger erhielten am nämlichen Tage, aber von verschiedenen amtlichen Respicienten, den Beschlag auf Forderungen ihres Schuldners nach §. 1016 der Prozeßordnung. Nach Ablauf der darin festgesetzten Frist rief nun der eine Gläubiger auf Zuweisung der mit Beschlag belegten Forderungen seines Schuldners an, und solche Zuweisung ward auch vom Richter ausgesprochen. Später, obschon in beiden, den Beschlag nach §. 1016 aussprechenden Dekreten die gleiche Frist der Nr. 3 des §. 1016 anberaumt war, rief nun auch der andere Gläubiger um Zuweisung der für ihn ebenfalls mit Beschlag belegten Forderungen an, ward jedoch damit zurückgewiesen, weil nach §. 1074 das Vollstreckungsverfahren für den ersten Gläubiger schon durch die ihm geschehene Zuweisung der betreffenden Forderungen vollendet sei. Er appellirte davon hierher, und erwirkte auch ein dahin gehendes reformatorisches Erkenntniß, daß er mit dem andern Gläubiger pro rata seiner Forderung gemeinschaftlich in die mit Beschlag belegten Forderungen des gemeinschaftlichen Schuldners eingewiesen wurde. Man ging dabei hauptsächlich davon aus, daß der gemeinschaftlich erwirkte Beschlag auf dieselben Forderungen auch ein gemeinschaftliches Recht auf ihre Zuweisung begründet habe, und sonach der Appellant gar nicht als dritter Gläubiger des §. 1072 betrachtet werden könne, solche dritte Gläubiger seien vielmehr solche, welche erst nach dem schon von einem Gläubiger eingeleiteten Vollstreckungsverfahren nunmehr auch suchten die Bezahlung ihrer Forderungen zu erhalten, und sich aus den Ergebnissen des von einem Andern eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens zu befriedigen. Sodann ward noch weiters angeführet, daß für den appellantischen Theil nicht nachgewiesen sei, daß er von der ihm geschehenen Zuweisung schon Notification erhalten habe. Allein mit beiden war wohl das ergangene Urtheil nicht zu rechtfertigen.

Das Gesetz spricht vorerst nur von der richterlichen Zuweisung der Forderungen an Zahlungsstatt, und nicht von der Insinuation dieser Zuweisung, und da das Gesetz gerade zum Zweck hat, einen bestimmten Zeitpunkt festzustellen, in dessen Eintritt das Vollstreckungsverfahren vollendet seyn soll, so hat der Richter diesen Zeitabschnitt so anzunehmen, wie ihn das Gesetz feststellt, und hat also anzuerkennen, daß das Vollstreckungsverfahren dann im Sinne des §. 1074 geendigt ist, wenn der Richter auf Anrufen des betreibenden Gläubigers das Dekret der Zuweisung zu den Acten geschrieben, d. h. erlassen hat. Da der §. 1073 die anderartige Vollendung des Vollstreckungsverfahrens ausdrücklich in die Thätigkeit der Partei selbst, nämlich in das Empfangnehmen der Ergebnisse der Vollstreckung selbst gesetzt hat, so folgt daraus, daß in dem davon verschiedenen Fall des §. 1074 eine Thätigkeit der Partei, d. h. eine Empfangnahme des richterlichen Dekrets der Zuweisung selbst nicht verlangt werden kann, sondern daß eben die Erlassung des Dekrets selbst zur Vollendung des Vollstreckungsverfahrens genügt. Die §§. 1075, 1076 sprechen auch überall bei den Wirkungen des Ganterkenntnisses auf die schon betriebene Vollstreckung eines Gläubigers nur von der Erlassung, d. h. von der richterlichen Aussprache des Ganterkenntnisses, und nicht von seiner Zustellung, so daß es unbillig wäre, wenn man die den betreibenden Gläubiger ausschließende Wirkung des Ganterkenntnisses auf den Tag seiner Erlassung festsetzen, die die Folgen des Ganterkenntnisses aber ausschließende Wirkung des vollendeten Vollstreckungsverfahrens dagegen auf die Zustellung des die Zuweisung der Ausstände aussprechenden Dekrets beschränken wollte.

Aus dem gemeinschaftlichen Beschlag der Forderungen des Schuldners folgt aber keineswegs ein gemeinschaftliches Eigenthumsrecht oder Vorzugsrecht, und zwar um so weniger, als nach §. 1016 Nr. 1 der Arrestbefehl keineswegs auf den Namen der betreibenden Gläubiger erlassen, sondern ganz allgemein dem Schuldner die Bezahlung der Schuld untersagt wird, sondern dieser gemeinschaftliche Beschlag ist eben nichts anderes, als das Zusammentreffen mehrerer betreibender Gläubiger in den Ergebnissen der Vollstreckung, welche gerade nach §. 1072 zu entscheiden ist. Nun soll aber der betreibende Gläubiger zumal bei der Vollstreckung auf Ausstände nicht damit sich begnügen, daß er den Befehl des §. 1016 erwirkt, sondern er soll seine Thätigkeit zur Vollendung der Vollstreckung auch noch weiter damit entwickeln, daß er nach Ablauf der ihm im Dekret des §. 1016 gesetzten Frist auf Zuweisung anfuft, und hat er nun dieses unterlassen, und kommt ihm darin ein anderer Gläubiger zuvor, so hat er es seiner eigenen Nachläßigkeit zuzuschreiben, wenn er wegen gesetzlicher Vollendung des Vollstreckungsverfahrens bezüglich des aufmerksamen Gläubigers nunmehr das Nachsehen hat. Mit andern Grundsätzen käme man bei dem Beschlag der Forderungen nach §. 1016 zu den sonder-

Digitized by Google

barsten Folgen, denn wenn der A. zur Zeit anruft, der B. aber stillsitzt, so muß der Richter das Anrufen des A. erledigen, wollte er ihm nun nur die Hälfte seiner Forderung mittelst Zuweisung der Hälfte der mit Beschlag belegten Forderung zusprechen, so verletzt er die Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens, welches das Ergebniß der Vollstreckung eben immer dem betreibenden Gläubiger zuweist, und welches dem Richter nicht erlaubt, davon etwas für einen ihm zwar bekannten, aber stillsitzenden Gläubiger aufzuheben. Wollte aber der Richter das Anrufen auf Zuweisung der mit Beschlag belegten Forderung dem andern früher betreibenden, aber jetzt stillsitzenden Gläubiger zustellen, so wäre dieses eine officielle Aufforderung an denselben, thätig zu seyn, und verletzte die erste Regel des richterlichen Verfahrens, nicht von Amtswegen einzuschreiten. Daß aber die gleichfalls im Vollstreckungsverfahren befindlichen andern Gläubiger nicht zu den im §. 1072 erwähnten dritten Gläubigern gehörten, ist um so weniger anzunehmen, als vielmehr, außerhalb der im §. 1072 Nr. 1 erwähnten Eigenthums- oder anderer Ansprüche an die Sache verfolgenden Gläubiger, gerade unter den im §. 1072 Nr. 2 erwähnten Gläubigern solche zu verstehen sind, welche sich ebenfalls im Vollstreckungsweg schon befinden, weil ja solche anderweitige Gläubiger des Schuldners noch kein rechtskräftiges Urtheil haben, also noch gar nicht im Stande sind, ihre persönlichen Ansprüche gegen des Schuldners Vermögen in der Art geltend zu machen, daß sie jenen Gläubiger von der Bezahlung seiner rechtskräftig entschiedenen Schuld aus dem ihm im Vollstreckungsweg angewiesenen Vermögen des Schuldners abtreiben können, welche eben in ihrer urtheilsmäßigen Forderung und in dem darauf hin eingeleiteten Vollstreckungsverfahren doch ein größeres Recht besitzen, als jener Gläubiger, der noch gar kein Urtheil gegen seinen Schuldner erhalten, und also, Abmangels eines besondern, an specielle Sachen des Vermögens seines Schuldners gebundenen Anspruchs, sich gar nicht in der Lage finden kann, ein besonderes Recht der Theilnahme an den Ergebnissen der Urtheilsvollstreckung eines andern Gläubigers geltend zu machen.

Hiernach hätte wohl anders erkannt werden dürfen.

Sander.

IV.

Kann eine Partei das von ihr selbst vor dem Unterrichter abgelegte Geständniß in der höhern Instanz widerrufen?

Wollet gegen Schneider.

Inhaltlich einer Urkunde, datirt Heilbronn den 7. März 1834, verkaufte Kläger an den Beklagten ein Haus sammt Garten um die Summe von 1125 fl., unter dem Geding, daß das erste Ziel des Kaufschillings mit 375 fl. auf Martini 1834 zahlbar, die übrigen zwei Zieler aber bis Martini 1835 und 1836 verfallen und bis dahin auch je mit 5 fl. verzinslich seyn sollten. Der Hauskäufer und jetzige Beklagte klagte unterm 9. April 1834 auf Erfüllung dieses Vertrags und der Verkäufer erklärte am 10. Mai, daß er solchen halten wolle, worauf durch amtlichen Beschluß vom 21. ejusd. der Bürgermeister angewiesen wurde, den zwischen beiden Theilen abgeschlossenen Hauskauf ins Gewährbuch einzutragen. Nun klagte der Verkäufer unterm 2. April 1837 gegen den Käufer auf Zahlung eines Restkaufschillings von 669 fl. 22 kr., nebst Zinsen von den beiden letzten Zielern. Hierauf erklärte der Beklagte in der Tagfahrt vom 13. Mai wörtlich: „Wenn es in der Kaufurkunde heißt, daß ich die briden letzten Zieler mit 5 Proc. vom Tage des Kaufs verzinsen müsse, so war ich deshalb seither im Irrthum, indem ich einen von dem Amtsrevisoriat ausgefertigten Kaufbrief vom 31. Juli 1834 besitze, worin es heißt, daß ich die drei Zieler zinsfrei zu bezahlen hätte. Ein weiterer Kauf wurde von uns nach dem 7. März 1834 nicht abgeschlossen.“ Der Beklagte wurde sofort nach dem Klagbegehren verurtheilt. Er reichte aber am 23. Mai eine Wiederherstellungsklage bei dem Unterrichter ein und legte damit einen Auszug aus dem Steinsfurther Kaufprotocoll vom 24. Juni 1834 vor, worin es unter anderm heißt: „Käufer zahlt den Kaufschilling

a. auf Martini 1831 zu ⅓ mit 375 fl.,
b. auf Martini 1835 — — 375 fl.,
c. auf Martini 1836 — — 375 fl.,

alles zinsfrei; jedoch wenn Käufer auf die bestimmte Zeit nicht Zahlung leistet, mit 5 Proc. verzinslich.“

Indem Beklagter die Wiederherstellung auf den Grund des §. 1253 der Prozeßordnung gegen den amtlichen Bescheid vom 13. Mai nachsuchte, erbot er sich zu dem Eide: daß er von dem gerichtlichen Kaufprotocolle d. d. 24. Juni 1834 erst im Laufe der letzten Woche, nämlich am 18. Mai, Kenntniß erhalten und sich desselben bei der amtlichen Verhandlung vom 13. Mai nicht mehr erinnert habe. Der Unterrichter verfügte aber darauf: „Die Restitutionsklage findet nicht statt.“ Jetzt ergriff der Beklagte, noch im Laufe der gesetzlichen Frist von 21 Tagen, gegen den amtlichen Bescheid vom 13. Mai die Berufung, und bat, abändernd zu erkennen, daß er nur vom Verfalltag der Martinizielee 1835 und 1836 an den Zins zu 5 Proc. zu zahlen habe. Die Beschwerdesumme bestand demnach in 57 fl., weshalb die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach §. 1171, Nro. 2 der Prozeßordnung keinem Anstand unterliegen konnte. Zur Begründung der Beschwerde berief sich Appellant auf die mit der Wiederherstellungsklage

Digitized by Google

vorgelege Urkunde und bemerkte hiezu, daß sein Irrthum, als ein rein faktischer, nach §. 1221 der Prozeßordnung — wie hiermit geschehe — in zweiter Instanz berichtiget werden könne.

Auf mündliche Verhandlung wurde indessen durch hofgerichtliches Urtheil vom 28. Oktober 1837 das unterrichterliche Erkenntniß, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten, lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß der Beklagte nach Inhalt der amtlichen Verhandlung vom 13. Mai durch den Bescheid vom nämlichen Tage nicht beschwert ist, indem er darin das zugegeben hat, wozu er verurtheilt wurde.

In Erwägung, daß also der Beklagte, selbst wenn er auf den Grund der Urkunde vom 24. Juni 1834 in zweiter Instanz mit seiner Beschwerde obsiegen sollte, doch nach §. 1222 der Prozeßordnung in die Kosten der Appellationsinstanz verfällt werden müßte.

In Erwägung aber, daß der Beschwerdegrund lediglich in dem Widerruf des von dem Beklagten selbst in der Verhandlung vom 13. Mai abgelegten Geständnisses besteht, welches nach Inhalt der neu entdeckten Urkunde vom 24. Juni 1834 auf einem Irrthum beruhen soll.

In Erwägung dagegen, daß der Beklagte diesen Widerruf, unter Antretung des Beweises über den behaupteten Irrthum, nach Maßgabe des L. R. S. 1356 Absatz 4 und des §. 154 der Prozeßordnung bei dem Unterrichter hätte vorbringen müssen.

In Erwägung, daß dieser Widerruf nach §. 155 der Prozeßordnung jetzt um so weniger mehr statt findet, als der Beklagte sich bei der amtlichen Verfügung auf die Wiederherstellungsklage vom 23. Mai beruhigt hat. A. d. Gr. ꝛc.

Anmerkung. Nur ein Votant war anderer Ansicht, indem er sich mit dem Appellanten an die Bestimmung des §. 1221 der Pr. O. hielt, welcher die Beibringung neuer Beweismittel und neuer Thatsachen jeglicher Art in der Appellationsinstanz gestatte, während die Pr. O. in den §§. 148 — 155 nur von thatsächlichen Anführungen oder Geständnissen des Anwalts oder Gewalthabers handle und also den Fall des L. R. S. 1356 Abs. 4 nicht im Auge habe, woraus denn folge, daß die allgemeine Vergünstigung des §. 1221 der Pr. O. dem Appellanten zu gut kommen müsse. Die Majorität setzte aber diesem Raisonnement entgegen: Der Appellant habe in der Beschwerdeschrift keine neue Thatsache vorgetragen, sondern nur behauptet, daß jene Thatsache, welche er in erster Instanz zugestanden, nicht wahr, vielmehr das Geständniß aus einem factischen Irrthum hervorgegangen sei. Er wolle nun diesen Irrthum berichtigen und den Beweis liefern, daß die Sache sich anders verhalte, als er früher selbst angegeben. Dieß Unternehmen sei aber nichts anderes, als der Widerruf des von dem Appellanten selbst abgelegten Geständnisses, mit Antretung des Beweises, daß es Folge eines Irrthums über die fragliche Thatsache sei. Nun liege es in der Natur der Sache, daß der Widerruf bei demjenigen Richter angebracht werden müsse, vor welchem das Geständniß abgelegt worden, wie man eine Wiederherstellungsklage nur bei demjenigen Gerichte anbringen könne, welches das beschwerende Urtheil erlassen habe. Der Appellant, welcher zuerst den Weg der Restitution bei dem Untergerichte eingeschlagen, hätte daher auch eben daselbst seinen Widerruf geltend machen müssen, wozu die Frist des §. 154 der Pr. O. bei Uebergabe der Appellationsbeschwerdeschrift bereits abgelaufen gewesen sei.

Die Vorschriften der Pr. O. über den Widerruf des von einem Anwalte oder Gewalthaber abgelegten Geständnisses müßten aber hier analoge Anwendung finden, weil das Landrecht die Formen des Verfahrens nicht bestimme. Wenn übrigens auch nicht alle Vorschriften, welche in den §§. 148 — 52 gegeben seien, auf den gegenwärtigen Fall angewendet werden könnten, weil z. B. die Beiziehung des Anwalts oder Gewalthabers zu der Verhandlung über den Widerruf hinwegfalle, so sei doch kein Grund einzusehen, warum eine Partei, welche sich selbst geirrt habe, eine längere oder ganz unbestimmte Frist zum Widerruf ihres Geständnisses haben und warum sie ausnahmsweise befugt seyn sollte, durch die Anbringung des Widerrufs bei dem Appellationsgerichte dem Gegner die erste Instanz zu entziehen. Da in dritter Instanz kein Vorbringen neuer Thatsachen und neuer Beweismittel mehr Statt finde, so könne eine Partei das im zweiten Rechtszuge von ihr abgelegte Geständniß, sobald man den Widerruf desselben als eine neue Thatsache und den Beweis des Irrthums als einen neuen Beweis ansehe, in der Oberappellationsinstanz nicht zurücknehmen.

Aus dieser Betrachtung ergebe sich aber ein weiteres Argument dafür, daß der Widerruf nicht als ein Novum anzusehen und daß er allemal bei demjenigen Gerichte anzubringen sei, vor welchem die widerrufende Partei das Geständniß abgelegt habe. Endlich unterscheide die Pr. O. in den §§. 154 und 1175 Nr. 8 zwischen dem Widerruf im Laufe der Verhandlungen und jenem nach verkündetem Urtheile; sie gestatte gegen das Erkenntniß über die begehrte Zulassung zum Widerruf das Rechtsmittel der Appellation und zwar im letzteren Falle sogleich und selbstständig, im ersteren hingegen nur erst mit der Appellation gegen das Urtheil in der Hauptsache. Sicher könne also der Widerruf nicht mit der Appellation selbst geltend gemacht werden, weil nur gegen das Erkenntniß über ein desfallsiges Gesuch die Appellation zulässig sei. —

Nach diesen Grundsätzen hat der Gerichtshof auch schon in früheren Fällen entschieden.

Bayer.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 50. Karlsruhe den 16. December 1837.

Ueber Körperverletzungen im Allgemeinen und insbesondere Realinjurien.

Noch heute sind die Ansichten mancher Aemter darüber getheilt, welche Thätlichkeiten oder Körperverletzungen unter die Bestimmungen des Ehrenkränkungsgesetzes fallen, und welche vor das polizeiliche Forum gehören, obschon diese Frage mehrfach öffentlich besprochen und auch in den Annalen Bd. I. Nr. 49, Bd. II. Nr. 48 und Bd. III. Nr. 19 erörtert und beleuchtet worden ist.

Die praktische Wichtigkeit des Gegenstandes diene mir zur Entschuldigung, wenn ich mir erlaube, noch einige Bemerkungen über denselben hier niederzulegen.

Entweder sind die persönlichen Beschädigungen der Art, daß zu ihrer Heilung ärztliche oder wundärztliche Hilfe nothwendig ist, dann liegt das Verbrechen der Verwundung vor, und die Bestimmungen des §. 71 des achten Organisationsedikts kommen zur Anwendung; oder dieses ist nicht der Fall, dann stehen wir auf einem keineswegs eben so sichern Boden.

Der §. 71 des Strafedikts erklärt die Vergehen der letzteren Art für „polizeiliche Frevel" und betrachtet sie also aus dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses. Damit scheint der §. 4 desselben Gesetzes im Widerspruch zu stehen, indem er die „Thätlichkeiten oder Realinjurien", so lange sie nicht unter den Begriff der Verwundung fallen, den bürgerlichen und polizeilichen Vergehen, und eben so den im §. 2 ibid. erwähnten höheren oder peinlichen Strafsachen entgegensetzt und sie denjenigen beizählt, wo der Beamte zugleich untersuchender und urtheilender Richter seyn soll.

Es ist mehrfach die Ansicht ausgesprochen worden, daß nach §. 4 l. c. leichte Verwundungen gerichtlich zu bestrafen seien, weil der Ausdruck „Thätlichkeiten" oder Realinjurien disjunctiv und nicht copulativ zu verstehen sei.

Dem steht aber entgegen, daß nicht nur der §. 71 des Strafedikts solche Thätlichkeiten zu den polizeilichen Freveln zählt, sondern auch die Erläuterung zu dem gedachten §. 4, Regierungsblatt 1812, Nr. XX., beide Ausdrücke zusammenfaßt und mit „thätlichen Kränkungen" (NB. nicht Ehrenkränkungen) bezeichnet. Zugleich erklärt diese Erläuterung den scheinbaren Widerspruch der §§. 4 und 71 des Strafedikts und gibt zu erkennen, daß den in dem ersteren sub f und g benannten Vergehen laut Obergerichtsordnung §. 92, Organisationsedikt vom 26. November 1809 Beilage D §. 9 lit. f., und §. 71 Strafedikt, gleich den Unterschleifen gegen Staatseinnahmen, die Polizeilichkeit aufgedrückt worden sei. Auch dürfte nach hermeneutischen Regeln der Ausdruck „Thätlichkeiten oder Realinjurien keineswegs disjunctiv, sondern so zu verstehen seyn, wie z. B. §. 70 des Strafedikts, wo es heißt „Selbstrache oder rachsüchtige Beschädigung", und es wollte der Gesetzgeber Thätlichkeiten und Realinjurien als synonime Worte, und beide Begriffe als identisch bezeichnen.

Allerdings gebe ich zu, daß nach den Ansichten der neuern Doctrin keineswegs jede Thätlichkeit eine Realinjurie in sich faßt, auch kann ich mich nicht mit der Bd. II. Nr. 48 der Annalen geäußerten Meinung vereinigen, daß jede thätliche Mißhandlung nothwendig eine objectiv injuriöse Handlung seyn müsse, sondern schließe mich vielmehr der Bd. I. Nr. 49 ibid. ausgesprochenen Ansicht an. Denn nicht jede persönliche Verletzung oder Thätlichkeit tastet ihrem Wesen nach das Recht des Verletzten in Ansehung der Ehre und des guten Namens an, und eine körperliche Mißhandlung ist bei gänzlichem Mangel des animus injuriandi aus ganz anderen Motiven recht gut denkbar. Bei der Beurtheilung muß vielmehr, neben der Absicht, darauf gesehen werden, ob unter den gegebenen Umständen die thätliche Mißhandlung in der allgemeinen Vorstellungsart des Volkes oder des Standes des Betheiligten eine Ehrenverletzung enthalte.

Denn andernfalls müßte consequenter Weise auch ein Mordversuch, wenn dabei Körperverletzung Statt hatte, eine Ehrenkränkung involviren *).

*) Man denke sich den Fall: A, der Bediente des B, zertrümmert diesem ein kostbares Gefäß. B ergreift in der ersten Aufwallung sei-

Digitized by Google

Die Ansicht, daß jede Körperverletzung eine Kränkung der Ehre enthalte, scheint mir auf einer Verwechslung des in dem neueren deutschen Strafrechte aufgestellten Begriffs der Injurie mit dem viel weit umfassenderen der römischen „injuria" zu beruhen.

Jede Körperverletzung ist eine Ueberschreitung der Grenzen der rechtlichen Freiheit, eine Beleidigung, laesio, im weitesten Sinn, im engeren nur dann, wenn die Ehrenverletzung den Hauptcharakter der Handlung bestimmt. Feuerbach Lehrbuch §. 291.

Warum hat aber der §. 8 des VII. Organisationsedikts für diejenigen Ehrenkränkungssachen, welche nicht unter die Bestimmungen des §. 43 des Strafedikts fallen, polizeiliches Verfahren vorgeschrieben, und nicht wie der §. 12 des Gesetzes vom 28. Dezember 1831, mit Ausschluß alles officiellen Einschreitens, lediglich dem Beleidigten die Klage wegen des Privatdelikts überlassen?

Offenbar liegt der Grund davon in einer andern Ansicht von dem Wesen und Umfang der Injurie.

Nach römischen Begriffen umfaßte „injuria" im weitesten Sinn Alles, was contra leges bonosque mores ging. — Roßhirt, Grundsätze des Strafrechts §. 55.

Nicht nur wörtliche und thätliche Ehrenkränkungen, sondern auch alle Körperverletzungen, mit Einschluß derjenigen, welche nach unserer Gesetzgebung zu den Verwundungen gehören, waren darunter begriffen, ja selbst rechtswidrige Verhinderung in Ausübung der Privatrechte; pulsare verberare, fustibus caedere, vulnerare, contumelia im eigentlichen Sinn, damnum injuria datum, alles dieses fiel unter den Begriff „injuria." §. 1, 8, 9, 10 Inst. de injur. 4, 4.

Daß die römischen Juristen die Schmerz erregenden Thätlichkeiten ausdrücklich zu den Injurien rechneten, geht aus den Stellen über die lex Cornelia hervor, und sie unterschieden das „cum dolore caedere" von dem „sine dolore caedere" l. 5 pr. II. de injur. et fam. lib., woraus Tittmann §. 346 nicht ganz richtig den Satz formirt, daß Thätlichkeiten und namentlich Schläge nur so lange als Ehrenverletzung betrachtet werden können, als sie höchstens Schmerz verursachen.

Wegen dieser großen Ausdehnung der injuria war aber auch dem Beleidigten effectiv neben der act. injur. aestim. eine Criminalklage gegeben und eine poena extraordinaria statuirt worden.

Unsere Gesetzgebung vor dem neuen Ehrenkränkungsgesetze nähert sich unverkennbar diesem römischen Systeme; sie begreift noch alle Thätlichkeiten, welche nicht durch den §. 71 des Strafedikts ausgenommen und für peinlich erklärt sind, unter dem Ausdruck „Realinjurien." Dadurch erklärt es sich, daß das Geheimeraths-protokoll vom 9. Juli 1801 und der Kabinetsbeschluß vom 4. Juni 1812 selbst bei kleineren Real- und Verbalinjurien polizeiliches Einschreiten gestatteten (Gesetzgebung Badens Bd. 2, S. 364). Dadurch erhält das im §. 8 des VII. Organisationsedikts für Injurien vorgeschriebene Verfahren seine Auslegung, dadurch wird es begreiflich, warum der §. 1 des Strafedikts Thätlichkeiten und Realinjurien als gleichbedeutend gebraucht, wenn gleich der oberste Gerichtshof die Realinjurie als einen körperlichen und zugleich beleidigenden Angriff definirt hat (oberhofgerichtliche Jahrbücher. 1824, S. 294), und wir sehen deutlich, wie der Begriff der Ehren nach und nach geläutert und ausgebildet worden ist.

Da nun alle Thätlichkeiten, die nicht Verwundungen sind, der richterlichen Competenz einmal entzogen, und nur die eigentlichen Injurien denselben durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831 als ein nach den Regeln des Beschuldigungsprozesses zu verfolgendes Privatdelikt zurück gegeben worden sind, so kann auch meines Erachtens von einer gerichtlichen Untersuchung der leichten Körperverletzungen als solcher keine Rede seyn, wohl aber ist ihre polizeiliche Strafbarkeit stehen geblieben.

Weil jedoch manche Aemter, durch unrichtige Interpretation des neuen Ehrenkränkungsgesetzes verleitet, alle Körperverletzungen, welche nicht Verwundung waren, als Realinjurien betrachteten, und für polizeilich nicht mehr strafbar hielten, sah sich das Großherzogliche Ministerium des Innern veranlaßt, unterm 1. Dezember 1834 im Wesentlichen zu verordnen:

„daß alle Thätlichkeiten, die nicht Verwundungen im gesetzlichen Sinne sind, wenn sie an öffentlichen Orten vorfallen, oder in Privathäusern verübt werden, unter Umständen, welche die Sicherheit der Bewohner gefährden oder die öffentliche Ruhe stören, von Amtswegen zu untersuchen und als polizeiliche Frevel, gemäß §. 71 des Strafedikts, zu behandeln seien."

Diese Verordnung ist so klar, daß sie keine gegründeten Zweifel übrig läßt, und ich begreife nicht, wie man zuweilen demungeachtet noch eine Lücke in der Gesetzgebung finden wollte.

Wenn sie alle Thätlichkeiten, welche nicht in die Kategorie der Verwundungen gehören und an öffentlichen Orten vorfallen, für polizeilich strafbar erklärt, so sind davon ihrem Wesen nach natürlich diejenigen von selbst ausgeschlossen, welche weder die Sicherheit einer Person gefährden, noch die

---

nen Degen und versetzt dem A mehrere Stiche von Bedeutung, ohne daß jedoch zur Heilung wundärztliche Hülfe nothwendig wäre. Hier kann doch wohl von keiner Ehrenkränkung die Rede seyn! demungeachtet hat B sich offenbar eines im Interesse der öffentlichen Sicherheit zu verfolgenden Vergehens schuldig gemacht, und es muß, selbst wenn A nicht klagt, Untersuchung eintreten.

Digitized by Google

öffentliche Ruhe stören, sondern nur als zufällige Beschädigungen, oder allein als Zeichen der herabwürdigenden Verachtung zu betrachten sind.

Freilich was den Nachsatz betrifft, so ist der Ausdruck „Sicherheit der Bewohner" schon mehrfach mißdeutet worden.

Die Bedingung der Coexistenz vernünftiger Geschöpfe in der Sinnenwelt besteht bekanntlich darin, daß jedes nach solchen Regeln handle, bei deren allgemeiner Beobachtung die freie Willkühr Aller zugleich wirksam seyn kann. Da jedoch das Recht nicht immer auf Seiten dessen ist, der es durch physisches Uebergewicht zu schützen vermag, so führt dieses auf die Nothwendigkeit eines Zustandes, worin das Recht eines Jeden nach äußeren, allgemein anerkannten Gesetzen normirt ist, und gegen Jeden, der sich dem Rechtsgesetze zuwider benimmt, geltend gemacht werden kann. Da nun der Mensch durch seinen Körper in der Sinnenwelt erscheint und wirkt, und nur durch ihn seine innere Freiheit mittelst Entwicklung und Ausbildung seiner moralischen Fähigkeiten befördern kann, so ist es weiter unbestritten, daß demselben ein unveräußerliches und ursprüngliches Recht auf die Integrität seines Körpers und dessen einzelne Organe zusteht.

Es ist daher unzweifelhaft Pflicht des Staates, dieses Recht gegen gesetzwidrige Angriffe zu wahren, indem dieser Schutz mittelbarer Zweck der Eingehung des Staatsvertrags ist, und ohne ihn das Individuum als Vernunftwesen in der Sinnenwelt nicht ungestört wirken, folgeweise auch das Wohl des Staates „salus publica", nicht erreicht werden könnte.

Darum sind auch die Worte der Verordnung, „Sicherheit der Bewohner," nicht nur auf die übrigen im Hause befindlichen Personen, sondern auch auf den Angegriffenen oder Mißhandelten selbst zu beziehen.

Denn wollte man das Gegentheil annehmen, so würde eine mit Ehrenkränkung nicht concurrirende, ohne Verletzung der Sicherheit und öffentlichen Ruhe vollbrachte Mißhandlung in einem Privathause ungestraft bleiben, weil der Criminalrichter wegen fehlenden Requisiten des §. 71, a des Strafedikts, der Ehrenkränkungsrichter wegen mangelndem animus injuriandi, die Polizeibehörde wegen Abwesenheit der Erfordernisse der allgemeinen Verordnung ausgeschlossen wären, was doch mit einer gut geordneten Staatseinrichtung schlechterdings nicht im Einklang steht *).

Leichte Körperverletzungen und Verwundungen sind also polizeilich strafbar und können eben deßhalb nicht zugleich vor den Richter gehören — ja selbst wenn de lege ferenda die Rede wäre, würde ich das Letztere nicht wünschen. Daß nicht jede, selbst absichtliche Ritzung der Oberhaut in den Formen des Strafprozesses untersucht, und salv. rec. an das Hofgericht von dem Amt als Richter abgeurtheilt werden kann, ohne daß unnöthige Geschäftsvermehrungen entstehen, ist wohl unbestritten. Freilich kann eine Mißhandlung, da wo sie an Verwundung grenzt, einen bedeutenden Grad erreichen, ohne daß zu ihrer Heilung ärztliche oder wundärztliche Hülfe nothwendig wäre, allein eine Grenzlinie zu ziehen bis wohin leichte Verletzungen polizeilich, und von wo an sie gerichtlich zu untersuchen sind, dürfte wegen Mangel eines charakteristischen Unterscheidungsmerkmals schwer aufzufinden, und in concreto noch schwerer anzuwenden seyn.

Man hat eine Härte, und gewissermaßen einen theoretischen Verstoß darin gefunden, daß Mißhandlungen zuweilen doppelt gestraft werden, nämlich polizeilich und außerdem auf erhobene Klage des Beleidigten; namentlich ist in dem Aufsatze Bd. III., S. 111 der Annalen der Wunsch ausgedrückt worden, der Untersuchungsrichter möge ein derartiges doppeltes Verfahren stets nach Möglichkeit zu vermeiden suchen, und äußersten Falls solle die Strafe für beide Uebertretungen in einem und demselben Urtheile, nach Anleitung des §. 97 des Strafedikts über die Concurrenz der Vergehen, ausgesprochen werden.

Die humane Tendenz, welche dieser Ansicht zu Grunde liegt, ist zwar nicht zu verkennen, allein betrachten wir die Sache aus dem rechtlichen Gesichtspunkt näher.

Gerade nach Grundsätzen des philosophischen Strafrechts ist es gewiß, daß Derjenige, welcher durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze übertritt, die Strafe jedes

*) Einsender weiß recht gut, daß das Generale Großh. Ministeriums des Innern vom 27. August 1832, und jenes vom 13. Juni l. J. die polizeiliche Bestrafung der Thätlichkeiten an und für sich zu untersagen scheint, allein diese Erlasse wollten sicher nichts an dem gesetzlichen Begriff der Injurie, wie ihn §. 3 der Verordnung vom 28. Dezember 1831 feststellt, ändern, wornach absichtliche Verletzung des Rechts auf Ehre erfordert wird. Der Begriff des älteren Rechts war aber ein anderer, der in seinem weiten Umfang nur mit polizeilichem Verfahren zusammen bestehen kann, wenn nicht ein Fall, wie der oben in der Note genannte, gesetzlich erlaubt oder doch, wenn man auch einen Beisatz von Ehrenkränkung darin finden will, im Fall der Klage mit Geld abzubüßen seyn soll.

Uebrigens sagt das letztgenannte Generale „Thätlichkeiten an und für sich, d. h. die darin liegende thätliche Mißhandlung", spricht also nur von Thätlichkeiten in sofern sie Injurien sind, ohne bestimmt alle Thätlichkeiten für Ehrenkränkungen zu erklären. Thätlichkeit ist das genus, Realinjurie die species; beleidigende Absicht das unterscheidende Merkmal, und etwas ganz Anderes ist es, Jemanden unbefugt züchtigen und Schmerzen erregen, Jemanden durch Körperverletzung von Besorgung eines Geschäfts (etwa wegen befürchteter Concurrenz) abhalten, oder Jemand in Ansehung der Ehre kränken zu wollen, was Alles sich aus den Umständen ergeben kann.

Digitized by Google

einzelnen Vergehens verwirkt hat, ohne daß durch Erleidung der einen die andere consumirt wird.

Das römische Recht kennt eine Aburtheilung mehrerer Vergehen in einem und demselben Erkenntnisse nicht, und namentlich in seinem Privatdeliktssysteme ist der eben gedachte allgemeine Grundsatz durchgreifend.

Freilich konnte der Injuriat nach §. 10 inst. de injur. lib. 4, tit. 4 nur entweder mit der Privatklage oder der Criminalklage auftreten, so daß wenn der eine Prozeß eingeleitet, der andere dadurch absorbirt war. Allein diese Bestimmung ist singulär, und bei den judiciis privatis galt eben so wie bei den publicis die Regel, daß bei idealer Concurrenz jedes einzelne Vergehen besonders bestraft wurde, wie dieses z. B. bei der Concurrenz persecutorischer mit Pönalklagen, und dieser unter sich ausdrücklich ausgesprochen ist. Wegen Injurien konnte zu Justinians Zeiten der Injuriant ex lege aquilia, injuriarum und ex capite vis, letzteres im öffentlichen Interesse, angegangen werden, ohne daß die eine Strafe durch die andere consumirt worden wäre. — Roßhirt l. c. S. 146.

Die Stellen der Carolina, woraus man die entgegengesetzte Theorie formirt, sprechen nur vom Meineid und Diebstahl, und es kann eine allgemeine Rechtsregel aus Singularitäten nicht abstrahirt werden.

Obschon nun die Ansicht, daß bei der idealen Concurrenz von Verbrechen verschiedener Art das Uebel der schwersten Uebertretung mit einem schärfenden Zusatz Statt finde, gleich wie der bekannte Satz „poena major absorbet minorem“ in verschiedene Legislationen Eingang gefunden hat, so scheint mir aus dem eben Gesagten dennoch so viel zu folgen, daß jede derartige Ausnahme gegen die a priori feststehende Wahrheit strenge zu interpretiren sei, und keinerlei Ausdehnung und analogische Anwendung zulasse. Da aber der §. 97 des Strafedikts weder von polizeilichen Vergehen, noch von Privatdelikten im Sinn des neuen Ehrenkränkungsgesetzes handelt, und da er sub lit. c sogar verbietet, ihrer Art nach verschiedene Strafen hinzuzuschlagen oder umzuwandeln, so glaube ich annehmen zu können, daß bei Thätlichkeiten die Strafe der Polizeiübertretung und jene der Injurie vollständig und ungeschmälert neben einander bestehen sollen.

Warum sollte auch Derjenige, welcher sich blos einer Injurie schuldig macht, eben so schwer gestraft werden, als der Andere, welcher neben der Verletzung des Privatrechts auf Ehre auch noch die öffentliche Ruhe stört, und dessen Triebfeder weit gefährlicher ist; würde nicht der Zweck der Strafe, sei sie um Besserung oder Abschreckung, unerreicht bleiben, wenn man durch unzeitige Milde den Uebertreter des Injurienstrafgesetzes gleichsam zur straflosen Mitübertretung der die öffentliche Sicherheit und Ordnung betreffenden Vorschriften provociren wollte?

Aber auch aus processualischen Gründen halte ich die sogenannten polizeilichen Inhibitivbescheide bei Injurien für verwerflich. Nur als Andeutung diene, daß das Amt nicht bei allen Ehrenkränkungssachen zur Aburtheilung competent, daß der Recurs an verschiedene Behörden gerichtet, und die Polizeibehörde außer Stande ist zu verhindern, daß der Injuriat erst später innerhalb der Verjährungszeit die Privatklage erhebe. Ich will hiemit keineswegs Vergleichsversuche im Allgemeinen ausschließen, bekenne mich aber zu der von Bekk in der Note im Bd. 4, Nr. 41 geäußerten Meinung auch hier, daß die Polizeibehörde und die Gerichtsbehörde von einander völlig unabhängig sind, und jede in ihrem eigenen Kreise erkennt, ohne daß die Eine auf die Verfügungen der Andern zu warten hätte.

Was endlich thätliche Verletzungen betrifft, welche nur ganz leicht sind, so wird es einzig darauf ankommen, ob die öffentliche Ruhe oder die Sicherheit einer Person dadurch gestört oder gefährdet wurde, oder ob sie nur die Merkmale der Injurie an sich tragen. Im ersteren Fall werden sie, obschon an sich unbedeutend, dennoch polizeilich strafbar, im letzteren der Privatklage des Verletzten anheim zu geben seyn.

Das Ergebniß unserer Untersuchung wäre daher folgendes:

Diejenigen Körperverletzungen, zu deren Heilung keine ärztliche oder wundärztliche Hülfe nothwendig ist, sind entweder:

1. Unabsichtliche oder zufällige — dann werden sie als solche gar nicht — wofern ihnen aber ein anderes Vergehen zu Grunde liegt (z. B. Beschädigung durch schnelles Fahren), dieses nach den dafür bestehenden Gesetzen bestraft.

2. Absichtliche, und zwar:

a. Sie sind blos das Zeichen der herabwürdigenden Verachtung, ohne Gefährdung der Sicherheit einer Person oder Störung der öffentlichen Ruhe, dann bleibt lediglich dem Beleidigten die Klage coram competente überlassen.

b. Sie sind blos in verletzender, und nicht in beleidigender Absicht begangen (z. B. aus Zorn, Rachsucht oder ähnlichen Motiven) dann findet zwar keine richterliche, wohl aber polizeiliche Untersuchung und Bestrafung (Verweis, 24 Stunden bis 4 Wochen Gefängniß) statt, sofern der Fall nicht von der Art ist, daß von keiner öffentlichen Ruhestörung oder Gefährdung persönlicher Sicherheit die Rede seyn kann.

c. Oder es concurrirt thätliche Beleidigung mit den eben genannten Polizeivergehen, dann straft die Polizeibehörde ex officio die letzteren, und es untersucht der Richter im Fall der erhobenen Injurienklage die Ehrenkränkung, beide ohne Rücksicht auf einander und unabhängig nach den für jedes Vergehen bestehenden Gesetzen, alles vorausgesetzt, daß die Handlung nicht die Merkmale eines Verbrechens, z. B. des Hochverraths oder der Majestätsbeleidigung, an sich trägt.

Was jedoch unter Störung der öffentlichen Ruhe, unter Sicherheit einer Person, und unter Körperverletzung im Allgemeinen zu verstehen sei, liegt außer der Tendenz dieses Aufsatzes, in welchem jene Begriffe als bekannt angenommen worden sind.

Dr. Schütt.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. Nro. 51. Karlsruhe den 23. December 1837.

I.

Eintritt in die Rechte des Gläubigers.

Unterm 9. Mai 1837 fällte das Großherzogliche Oberkriegsgericht folgendes Urtheil: in Sachen der Gemeinde Hainstadt, Klägerin Appellatin, gegen den Sergeanten des dritten Infanterie Regiments Joseph Betthäuser von da, Beklagten Appellanten: Ersatzforderung betreffend; wird andurch nach gepflogener gesetzlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

daß das untergerichtliche Urtheil vom 30. September v. J., besagend: es seie Kläger für schuldig zu erklären, der Klägerin die eingeklagte Forderung von 106 fl. 15 kr. unter Androhung der Hülfsvollstreckung binnen vier Wochen zu bezahlen und in die Kosten zu verfällen; — dahin abzuändern sei:

daß die von der Gemeinde Hainstadt erhobene Klage abzuweisen sei, und die Klägerin Appellatin die Kosten beider Instanzen zu tragen habe.

V. R. W.

Entscheidungsgründe.

1) Die Gemeinde Hainstadt gründet ihre Klage auf Ersatz von 106 fl. 15 kr. nebst Zins darauf, daß sie diesen Betrag, welcher für Heilung der im Jahr 1828 durch den Zollgardisten Buß erhaltenen schweren Verwundung des Beklagten erwachsen, nach vorgängiger Decretur des damaligen Main- und Tauberkreisdirectoriums und in Befolgung einer Weisung des Amts Buchen vom 4. April 1829, wegen damaliger Unvermögenheit des Beklagten, und mit Vorbehalt des Rückersatzes, wenn derselbe später zu Vermögen kommen sollte, in neun verschiedenen Posten an die Gläubiger: den Physikus, Landchirurg, Ortschirurg u. s. w. vorschußweiße aus der Gemeindekasse bezahlt habe, und daß sie nunmehr, da inzwischen der Beklagte ein abverdientes Einstandskapital erworben, den Rückersatz von ihm zu fordern berechtigt sei. Der Erwerb des Einstandskapitals wird von Seiten des Beklagten nicht in Abrede gestellt, wohl aber a) die Forderung in ihrem Betrag; b) seine Verpflichtung gegen die ursprünglichen Gläubiger; c) die Thatsache der Zahlung der Gemeinde und d) deren Berechtigung, hiefür Ersatz von ihm zu verlangen.

Der Unterrichter hat der Klägerin den Beweis über die Thatsachen a. und c. auferlegt, und nach rechtlicher Verhandlung den Beklagten zum Ersatz der geforderten Summe verurtheilt.

Die Beschwerde des Beklagten, Appellanten ist gegen den Inhalt dieses Urtheils gerichtet.

2) Anlangend die Frage, ob der Anspruch der Klägerin durch die in der Klage vorgetragenen thatsächlichen Momente rechtlich begründet ist, so zeigt sich zunächst, daß, selbst vorausgesetzt, es sei Beklagter ursprünglich für die behaupteten 106 fl. 15 kr. den Gläubigern rechtlich zur Zahlung verpflichtet gewesen, und angenommen die Richtigkeit des Betrags in quanto, die Gemeinde durch den bloßen Act der Zahlung an die Gläubiger einen Ersatzanspruch an den Beklagten nicht erlangt hat. Durch diesen Act ist zwar der Beklagte gegen jene Gläubiger seiner Verbindlichkeit enthoben (L. R. S. 1336). Die statt seiner zahlende Gemeinde konnte jedoch ein Rückgriffsrecht an den Beklagten nur dadurch erlangen, wenn sie in gesetzlicher Form den Eintritt in die Rechte der Gläubiger für sich erwirkte (L. R. S. 1219). Ist dieser Eintritt nicht vorhanden, dann gilt der Schuldner durch die Zahlung eines Dritten für befreit, und eine Rückforderung an ihn findet nicht statt.

Die Thatsache der für den Beklagten geleisteten Zahlung begründet daher für die Klägerin an sich keinen Anspruch an denselben aus eigenem Recht, sie könnte nur aus dem Rechte der ursprünglichen Gläubiger, und zwar nur in dem Fall klagen, wenn sie den Eintritt in dieses Recht behaupten und nachweisen kann.

Nebst diesem Eintritt in die Rechte der Gläubiger mußte aber noch die Gemeinde, welche nur hieraus ihren Anspruch abzuleiten vermöchte, die Existenz der ursprünglichen For-

Digitized by Google

derungen in quali et quanto darthun, und alle Einwendungen, die dem Schuldner gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden, gegen sich gelten lassen, da durch das Dazwischentreten der Gemeinde der rechtliche Stand des Beklagten nicht deteriorirt werden kann.

3) Die von der Klägerin behauptete und nachgewiesene Thatsache, daß sie nicht aus freiem eigenen Willen, sondern auf Weisung der vorgesetzten Administrativbehörde die Zahlung statt des Beklagten leistete, kann an dem rechtlichen Stand der Sache nichts ändern, indem jedenfalls für den Beklagten die Zahlung als eine, seinem Vertrags- oder Verpflichtungsverhältniß zu den Gläubigern ganz fremde Handlung einer dritten unbetheiligten Person erscheint, und die Anweisung der Administrativbehörde für ihn lediglich eine rechtlich erfolglose res inter tertias acta ist.

4) Eben so wenig ist der in der amtlichen Dekreturverfügung vom 4. April 1829 ausgedrückte Vorbehalt, daß die Zahlung nur vorschußweise und gegen Wiederersatz aus dem dereinstigen Vermögen des Beklagten zu geschehen habe, von rechtlicher Bedeutung, da dieser einseitige, nicht gegen den Beklagten und nicht mit dessen Zustimmung gemachte Vorbehalt der Gemeinde keine Rechte erzeugen konnte, die ihr nicht vermöge Gesetzes oder Vertrags zukommen, auch die Verordnung vom 16. Mai 1826, auf welche der Vorbehalt gegründet werden will, nicht ausdrücklich einen solchen Rückgriff begründet.

Es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob die Zahlung der Kur- und Verpflegungskosten in solcher Weise geschehen, daß die zahlende Gemeinde damit den Rechtseintritt in die Ansprüche der Gläubiger erlangt hat.

5) Ein solcher Rechtseintritt findet nach L.R.S. 1249 nur dann statt, wenn ein Vertrag oder Gesetz ihn begründet: daß der Rechtseintritt hier Kraft Vertrags geschehen, ist von der Klägerin überall nicht behauptet worden.

Kraft Gesetzes rückt nach L.R.S. 1251, Tit. 3, derjenige in die Rechte des Gläubigers, dem, weil er mit Andern, oder für Andere die Schuld zu zahlen hatte, daran gelegen war, daß sie getilgt wurde.

Nach dieser Bestimmung wird zur Begründung des Rechtseintrittes Kraft Gesetzes mittelst der Zahlung erfordert, daß zwischen dem Gläubiger und dem Zähler ein dem Letztern mit dem Schuldner gemeinschaftliches privatrechtliches Verpflichtungsverhältniß und zwar entweder ein Correalverhältniß als Sammtschuldner, oder ein subsidiarisches Bürgschaftsverhältniß (L.R.S. 1214, 2029) bestehe, und es kommt daher hier darauf an, ob vermöge der Verordnung vom 16. Mai 1826, nach welcher die Gemeinde zur Zahlung angewiesen wurde, der eine oder der andere, den Rechtseintritt begründende Fall eines solchen Verpflichtungsverhältnisses als rechtlich vorhanden anzunehmen ist.

6) Die allegirte Verordnung schreibt vor, daß wenn durch die Untersuchung der schuldige Thäter einer Verwundung nicht auszumitteln oder zahlungsunfähig ist, der Staat an den Kosten der Offizialverrichtungen der Gerichtsärzte $^2/_3$ und an den Arzneikosten $^1/_3$ auf sich zu nehmen, die übrigen $^1/_3$ und resp. $^2/_3$ aber, so wie die sämmtlichen Kosten der Pflege und Wartung der schuldlos Verwundete zu tragen habe. Im Fall der Vermögenslosigkeit des Letztern sollen aber zunächst die milden Stiftungen, für welche der Aufwand sich etwa eignet, und endlich in deren Ermanglung die Heimathsgemeinde den Antheil desselben übernehmen. Es ergibt sich zunächst, daß hiernach ein Correalverhältniß zwischen der Gemeinde und dem schuldlos Verwundeten überall nicht vorhanden ist, eben so wenig ein eigentliches Bürgschaftsverhältniß, indem überhaupt die Bestimmungen der Verordnung auf einem privatrechtlichen Grunde nicht beruhen, sondern auf einer rein positiven Anordnung, welche aus der allgemeinen Pflicht des Staates abzuleiten ist, die Staatsuntergebenen gegen unverschuldete Gewaltthätigkeit in Schutz zu nehmen, wie denn überhaupt die Verordnung in dieser Beziehung nur eine Anweisung an die betreffenden Administrativbehörden und nicht eine in die Bestimmungen des Landrechtes eingreifende Gesetzesvorschrift enthält; daß somit die Voraussetzung, von welcher die strikte zu interpretirende Bestimmung des L.R.S. 1251 Nr. 3 ausgeht, nämlich ein privatrechtliches Verpflichtungsverhältniß, nicht als vorhanden angenommen werden kann.

7) Wollte man aber auch annehmen, daß die allegirte Verordnung ein solches dem L.R.S. 1251 Nr. 3 entsprechendes subsidiarisches Verpflichtungsverhältniß begründe, so ist jedoch dabei zu bemerken, daß diese subsidiarische Verpflichtung in der Verordnung ausdrücklich an zwei Voraussetzungen geknüpft ist, nämlich

a) daß der schuldlos Verwundete vermögenslos, und daß
b) keine milde Stiftung vorhanden ist, welche sich zur Uebernahme des Kostenantheils des Verwundeten eignet,

wornach alsdann erst die Heimathsgemeinde in dritter Stelle in die Verpflichtung einrückt; und es würde zur Begründung eines klagbaren Ersatzanspruches der Gemeinde an den schuldlos Verwundeten wesentlich gehören, daß sie neben der damaligen Unvermögenheit des Letztern auch noch die zweite, ihre Zahlungsverpflichtung bedingende Thatsache, nämlich die Ermanglung einer zur Uebernahme der Kosten geeigneten milden Stiftung behaupten und im Fall des Widerspruchs des Beklagten nachweisen müßte.

Digitized by Google

Diese zur Begründung ihres Klaganspruches wesentlich erforderliche Behauptung hat jedoch die Klägerin überall nicht in der Klage aufgestellt.

8) In Erwägung aller dieser Momente ergibt sich, daß die Klage der Gemeinde schon darum nicht rechtsgehörig begründet ist, weil sie diejenigen thatsächlichen Momente nicht enthält, aus welchen der Eintritt in die Rechte der Gläubiger, welche sie für den Beklagten befriedigt zu haben behauptet, gesetzlich folgen würde, und daß darum diese Klage nicht statt findet.

Wären diese thatsächlichen Momente vorgetragen, wie sie es nicht sind, alsdann läge es der Klägerin ferner ob, gegen den von dem Beklagten eingelegten Widerspruch die Existenz der Forderungen der von ihr befriedigten Gläubiger in quali et quanto, und weiter noch darzuthun, daß sie mehr nicht, als der Beklagte ursprünglich zu zahlen schuldig gewesen, bezahlt habe, daher auch in dieser Beziehung die untergerichtliche Beweisauflage als nicht erschöpfend und mangelhaft erscheint.

Ebenso würde es dann ferner auf die von dem Beklagten vorgeschützten Einreden, insbesondere gegen die Forderung des Gastwirths J. A. Stalf und die der Verjährung ankommen, da die Gemeinde nur aus dem Rechte der Gläubiger Klage erheben konnte, und darum auch die Einwendung, welche diesen entgegenstanden, gegen sich selbst gelten lassen muß.

Diese Punkte sind jedoch deermalen, da eine rechtlich begründete Klage der Gemeinde nicht vorliegt, außer Erörterung zu lassen.

Aus diesen Gründen wurde wie geschehen erkannt.

II.

Auch ein Versuch zu Beantwortung der Frage: ob ein Unterrichter vom Oberrichter gezwungen werden könne, eine geringere Strafe denn vier Wochen Gefängniß auszusprechen. (Zu Nr. 39 und 45 der Annalen d. b. G. dritter Jahrgang).

Das Hofgericht am Mittelrhein hat durch Stimmenmehrheit die Regel angenommen, daß, wo ein Unterrichter eine Ehrenkränkungssache (oder auch eine andere zur unterrichterlichen Aburtheilung zunächst geeignete Untersuchungssache) mit dem Bemerken vorlegt, daß er eine höhere als vierwöchentliche Gefängnißstrafe dem Vergehen angemessen halte, nunmehr das Hofgericht als erster Instanzrichter ohne weiteres das Urtheil zu geben habe. Von der Richtigkeit jener Ansicht kann Einsender dieses sich auch durch die in Nr. 45 dieser Blätter entwickelten Gründe nicht überzeugen.

Niemand will bestreiten, daß nicht der Unterrichter in den Grenzen seiner Competenz gerade so unabhängig sei, wie der Oberrichter: damit ist aber für die Vorfrage in einem gegebenen Falle, wie weit die Grenzen der Competenz sich erstrecken, nichts gewonnen. So gewiß indessen der unmittelbare Oberrichter die zuständige Behörde ist, den Unterrichter, der in einem concreten Falle die Grenzen seiner Competenz ungebührlich erweitern will, in seine Schranken zurückzuweisen, so gewiß muß auch demselben die entgegengesetzte Befugniß zustehen, den Unterrichter, der aus subjectiver Ansicht, und nach der Ueberzeugung des Oberrichters irrthümlich die Grenzen seiner Competenz sich zu enge bezeichnet, seines Irrthums belehren *), und zu Verwaltung seines Richteramtes auffordern zu dürfen.

Ein Mittel, den Unterrichter beim Beharren auf seiner Ansicht zu zwingen, gibt es allerdings: denn ist einmal die oberrichterliche Weisung, daß der Unterrichter als die in der Sache competente Gerichtsbehörde das Strafererkenntniß zu geben habe, formelles Recht geworden, so erscheint alsdann die fortgesetzte Weigerung des Unterrichters als nichts anderes, denn als direkte Justizversagung: und hier liegt doch ohne Zweifel die Möglichkeit einer Abhülfe nicht fern.

Das Präjudiz für den Oberrichter, welches die von ihm einmal ausgesprochene Meinung, es sei eine Strafe (nicht unter, sondern höchstens) von vier Wochen zu erkennen, bilden solle, halte ich unter den vorausgesetzten Umständen für etwas sehr Unbedenkliches: denn ohne daß (in Ehrenkränkungssachen) beide Theile gehört sind, und ohne daß (in andern Strafsachen) die Untersuchung spruchreif geschlossen ist, und ohne daß endlich in beiderlei Sachen der Oberrichter die Materialien gehörig geprüft hat, wird er keinen Ausspruch, also auch den nicht geben, daß der Unterrichter die competente Behörde sei; er wird also wahrscheinlich im künftigen Recurswege wenigstens kein strengeres Erkenntniß fällen, als er auch dann gethan hätte, wenn er die Rolle des Richters erster Instanz dem Unterrichter freiwillig würde abgenommen haben. Wo nicht, so hat er sich der Befugniß, im Recurswege seine ober-

*) Wenn das Amt bei Strafen, deren Minimum unter und deren Maximum über vier Wochen Gefängniß geht, dafür hält, daß im konkreten Falle eine Strafe über vier Wochen Gefängniß zu erkennen sei, und wenn diese Ansicht unrichtig ist, so hat sich das Amt in Beurtheilung der Materialien, nicht aber über die Grenzen seiner Kompetenz geirrt. Wäre es über die Grenzen seiner Kompetenz, ob es bis auf vier Wochen oder nur bis auf 14 Tage erkennen dürfe, im Irrthum, so unterläge es keinem Zweifel, daß das Hofgericht dasselbe über seinen Irrthum belehren, und ihm das Erkenntniß innerhalb seiner wahren Kompetenz aufgeben dürfe. D. R.

Digitized by Google

richterliche Ansicht der Materialien unbeschränkt auszusprechen, durch ein bloses Decret nicht begeben, welches in Rechtskraft niemals übergehen konnte.

Der Verordnung, oder vielmehr Rechtsbelehrung, Regsbl. 1813 Nr. 26, hat nicht blos analoge, sondern direkte gesetzliche Wirkung auf unsere Frage beigelegt werden wollen. Ich habe diese Ansicht niemals theilen können. Das Justizministerium, von welchem die Rechtsbelehrung ausgegangen, hat sich aufs deutlichste ausgesprochen, daß es nur den Competenzconflict der gerichtlichen und polizeilichen Oberbehörden über die Grenzen, wo die Strafgewalt der letztern aufhöre und die der erstern anfange, vor Augen hatte. Nicht zwischen der gerichtlichen und polizeilichen Unterbehörde, die heute noch in einer Hand vereinigt ist, wo also kein Conflict möglich, nicht zwischen der polizeilichen Unter- und der gerichtlichen Oberbehörde, weil diese als solche in keinem gegenseitigen Instanzverhältnisse stehen, daher gegen einen vom Unterrichter polizeilich behandelten Straffall die Berufung nur an die obere Polizeibehörde gehen kann, welche alsdann erst in der Lage ist, zu ermessen, ob sie von der Bestimmung der Verordnung von 1813 Gebrauch machen will. Nicht zwischen gerichtlichen Unter- und Oberbehörden, weil man bei der Befugniß der letztern, den erstern gegenüber zu entscheiden, einen eigentlichen Conflict, d. h. ein zweifelhaftes, durch eine höhere Behörde erst zu ermittelndes Competenzverhältniß nicht als denkbar vorausgesetzt zu haben scheint.

Noch weit entfernter steht unserer Frage die Verordnung Regsbl. 1810 Nr. 39, die überall nur von Vergehen der Staatsdiener handelt.

Wenn auch unbezweifelt der Unterrichter über seine Zuständigkeit zu erkennen hat, so versteht sich dies doch nur zunächst, und vorbehaltlich der reformatorischen Einschreitung des Oberrichters, dem die Befugniß, über seine Zuständigkeit zu erkennen, durch den Unterrichter doch auch gewiß nicht entzogen werden kann (§. 51, 54 der Prozeßordnung). — Der Herr Verfasser des Aufsatzes in Nr. 45 will den Hofgerichten die Macht gar nicht zugestehen, dem Unterrichter das Erkenntniß in erster Instanz aufzuzwingen, allein er will gleichzeitig dem Unterrichter die Gewalt einräumen, nach Willkühr, Eigensinn oder Bequemlichkeit den Oberrichter zu nöthigen, an seiner Statt das Urtheil erster Instanz zu geben *). Eine solche offen zu Tage gelegte Umkehrung des Unterordnungsverhältnisses der Staatsbehörden konnte auf keine Weise in der Absicht des damaligen Justizministeriums liegen, und dazu wäre endlich dasselbe durchaus ermächtigt gewesen, wenn ihm auch die damalige Befugniß, authentische Rechtsbelehrungen zu erlassen, unbestritten bleibt. Die Grenze einer Rechtsbelehrung würde dasselbe solcher Gestalt weit überschritten haben.

Von allem, was auf das gegenseitige Verhältniß einer untern gerichtlichen Behörde zu ihrer obern sich etwa anwenden läßt, enthält die Rechtsbelehrung einzig nur den allgemeinen Satz: daß die Hofgerichte den (coordinirten) obern Polizeibehörden kein gegen ihre Ueberzeugung anstoßendes Erkenntniß zur Obliegenheit machen können. Hier ist dieser Satz offenbar auf den Gesichtspunkt berechnet, daß coordinirte Stellen einander überhaupt keinerlei Handlungsweise zur Obliegenheit machen können; ohne jene Rechtsbelehrung hätte in jedem Falle, wo Kreisdirectorium und Hofgericht nicht über ihre Competenz einig werden konnten, nach fruchtlosen und zeitraubenden Verständigungsversuchen, jedesmal das Staatsministerium, den Competenzconflict entscheidend, einschreiten müssen. Dies wollte vermieden werden, und daher die — ihre Absicht an der Spitze tragende — Verordnung. Das allgemeine Axiom aber, welches dieselbe zum Gesetze weder erheben wollte noch durfte, welches an sich nur unter mancherlei Beschränkungen zur Anwendung kommen kann **), muß

*) Es besteht zwischen beiden der wesentliche Unterschied, daß der Oberrichter mit Rechtsbestand auch Strafen unter vier Wochen Gefängniß erkennen darf, während es dem Unterrichter nicht zukommt, nach seiner Ueberzeugung auch eine höhere als vierwöchentliche Strafe auszusprechen. Dem Oberrichter wird also durch die Ablehnung des Erkenntnisses von Seiten des Unterrichters in Beurtheilung der Materialien nicht vorgegriffen, wogegen der Unterrichter, wenn ihm die Sache vom Obergericht zum eigenen Erkenntnisse aufgedrungen würde, ein Erkenntniß nach eigener Ueberzeugung gar nicht mehr geben könnte. D. R.

**) Beispiele einer solchen gesetzlichen Beschränkung zeigt unter andern §. 337 der Prozeßordnung vergl. mit §. 1238, wo der Unterrichter auch gegen seine Ueberzeugung sich für competent erklären muß, noch mehr §. 360, wo er sogar genöthigt werden kann, die nach seiner Ueberzeugung noch nicht begründete Klage als schon begründet anzunehmen, ganz besonders aber §. 24 der Instructionsverordnung im Regsbl. 1832 Nr. 22, nach welchem unter gewissen Umständen der Richter seine eigene Meinung ganz aufgeben, und einer fremden Meinung, möge sie seiner Ueberzeugung noch so sehr widerstreben, beitreten muß †).

Wie wenig auch das Justizministerium daran gedacht hat, jenem Satze eine Ausdehnung über seinen nächsten Gegenstand hinaus zu geben, erhellt schon daraus, daß es die Polizeibehörde ist, der ein Erkenntniß gegen ihre Ueberzeugung nicht zugemuthet werden soll. Nun aber hat die dem Richteramte gesetzlich verliehene Unabhängigkeit gerade auf Polizeibehörden keine Anwendung, und letztere sind häufig in der Lage, gegen ihre Ueberzeugung, nach höheren Vorschriften handeln zu müssen. Th.

†) Wenn der Oberrichter den Unterrichter gegen dessen Ueberzeugung für kompetent erklärt, so muß dieser allerdings in der

Digitized by Google

ganz und gar dem Verfassungsgesetze weichen, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe; der ordentliche Richter aber ist das Bezirksamt überall, wo nicht auf eine höhere Strafe, als vierwöchentliches Gefängniß zu erkennen ist, d. h. nach richterlichem, nicht blos nach einseitig unterrichterlichem Ermessen erkannt werden muß (Instruktivverordnung §. 2). Zum eigenen und höheren Ermessen ermächtigt aber den Oberrichter, außer seiner Stellung als zweite Instanz, noch insbesondere die täglich zur Anwendung kommende Justizministerialverordnung vom 27. August 1827, deren §. 5 mit der dort gegebenen Formel: „es sei kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen Erkenntnisses vorhanden" u. s. w., nach Belieben der Untergerichte geradezu alle Wirkung entzogen werden könnte, wenn man die vom Hofgerichte zu Rastatt angenommene Regel als die allein gesetzlich richtige erklären wollte *).

Wollen wir vergleichungsweise die Prozeßordnung zu Hülfe nehmen, so sehen wir uns zu einem ähnlichen Resultate geleitet. Der Unterrichter hätte in der Erklärung, daß er wegen Größe der zu erkennenden Strafe sich nicht für competent halte, ungefähr nach §. 357 ausgesprochen: „die Klage findet hier nicht statt;" in solchem Falle aber hat der Oberrichter, wenn er die Ladung für zuläßig erkennt, die Entscheidung nicht selbst zu ertheilen, sondern an den Unterrichter die Sache rückzuverweisen (§. 1238).

Wenn endlich nach dem oberhofgerichtlichen Votum die Competenz des Oberrichters von der Größe der vom Ankläger jeweils beantragten Strafe abhängig seyn soll, so zweifle ich ebenfalls, ob diese Ansicht sich aus §. 2 der Instructivverordnung oder aus §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes rechtfertigen lasse, doch ersieht man, daß dieser oberste Gerichtshof, so wenig als meines Wissens ein anderer des Landes, sich zu dem Grundsatze bekennen will:

es hänge nur von der Willkühr des Unterrichters ab, sich in einer Strafsache für incompetent zu erklären, und somit den Oberrichter zu Fällung des Urtheils, auch gegen dessen Ueberzeugung seiner hier nicht begründeten Competenz zu nöthigen, und den Angeklagten seinem ordentlichen Richter zu entziehen. Thilo.

*) Die erwähnte Formel bezieht sich nur auf die Kathegorie des Verbrechens an sich, und nicht auf das in concreto zu erkennende Maß der Strafe.

Wenn das Verbrechen, welches an und für sich die hofgerichtliche Kompetenz begründet, vorhanden ist, und das Hofgericht nur dafür hält, daß darauf den Umständen nach im speziellen Falle keine, vier Wochen Gefängniß übersteigende, Strafe zu erkennen sei, so hat es eine geringere Strafe zu erkennen, und darf nicht sagen: es sei kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen Erkenntnisses vorhanden.

Hält es aber dafür, daß z. B. das dem Inkulpaten angeschuldigte Verbrechen des Aufruhrs, der Widersetzlichkeit u. d. g. gar nicht vorhanden sei, sondern es sich nur um ein polizeiliches Vergehen, z. B. um Störung der öffentlichen Ruhe, um einen strafbaren Ungehorsam u. d. g. handle, so spricht es ihn durch jene Formel von dem angeschuldigten größeren Verbrechen ganz frei und überläßt dem Unterrichter oder der Polizeibehörde, über das Daseyn und die Bestrafung des geringeren Vergehens, als zur dortigen Kompetenz gehörig, selbst zu erkennen. D. R.

Hauptsache ein Erkenntniß geben. Wie er aber zu erkennen habe, ist ihm nicht vorgeschrieben, sein Erkenntniß in der Hauptsache ist nicht beschränkt, wie es beschränkt wäre, wenn er in einer Strafsache da, wo er eine vier Wochen Gefängniß übersteigende Strafe für angemessen hielte, zu einem Erkenntnisse (ohne Erweiterung seiner Kompetenz) genöthigt würde.

Eben so hat der Unterrichter, wenn der Oberrichter die Klage als zur Zeit statthaft erklärte, hinsichtlich der noch zu entscheidenden weitern Fragen, ob die Klage an sich gegründet und erwiesen, ob durch Einreden elidirt sei u. d. g. noch ganz freie Hand, es ist ihm darin durch das Erkenntniß des Oberrichters noch keineswegs vorgegriffen.

Der § 24 der Instructivverordnung vom 21. April 1832 bestimmt nichts über die Rechte und Pflichten eines Gerichts, gegenüber andern Gerichten, sondern er enthält nur singuläre Bestimmungen über Pflichten der Mitglieder eines Gerichts unter sich, wie sie unvermeidlich sind, um für eine Meinung jedesmal eine absolute Mehrheit, folglich einen Ausspruch des Gerichts überhaupt zu Stande zu bringen. D. R.

III.

Ueber die rechtliche Beurtheilung der von Inländern im Ausland an Ausländern verübten Vergehen oder Verbrechen.

Eine Inländerin, welche schon zweimal wegen Diebstahls bestraft war, hat sich im Monat Mai d. J. zu Gibelstadt, im Königreich Baiern, wieder einer Entwendung schuldig gemacht, wofür sie von dem dasigen Patrimonialgerichte mit dreitägigem Arrest bestraft, und demnächst an das Bezirksamt Gerlachsheim, als Heimathsbehörde, abgeliefert worden ist, wo ihr wegen Gelübdebruchs und Betrugs eine neue Untersuchung bevorstand.

Wegen dieser beiden Vergehen ward die Inquisitin durch hofgerichtliches Urtheil vom 25. Juli d. J. auch wirklich für schuldig erkannt und dabei ausgesprochen: daß wegen des von ihr im Auslande begangenen und bereits bestraften Diebstahls kein Grund zur Fällung eines weitern Erkenntnisses vorhanden sei. Die Majorität ging nämlich von der Ansicht aus, daß der Gerichtshof nicht competent sei, nachträglich eine härtere Strafe gegen die Inquisitin zu erkennen, weil das unstreitig als forum delicti commissi competente ausländische Gericht, welchem die Prävention zur Seite stehe, bereits erkannt und sein Urtheil vollzogen habe.

Ein separates Votum sprach sich also aus: „bei der Bestrafung der Verbrechen, welche von Inländern im Ausland

Digitized by Google

verübt wurden, prävaliren die Grundsätze des Völkerrechts und die Rücksichten der Politik. Diesen wird dadurch, daß das Verbrechen im Auslande gerichtet und bestraft werde, Genüge gethan. Unsere Gesetzgebung enthält nur eine im Interesse des Inländers erlassene, von der Regel abweichende Verfügung, nach welcher diesseitige Unterthanen auf ihr oder der Ihrigen Verlangen zur Untersuchung ersuchsweise abverlangt werden können. Regierungsblatt 1812 Nr. XX., Art. 2, lit. d. Geht man weiter, so setzt man sich

1) in Widerspruch mit der allegirten Bestimmung, welche die Strafgewalt des fremden Staates, unbeschadet der fraglichen Requisition, anerkennt. — Man handelt ferner

2) gegen das Interesse des Inländers, in so fern nämlich dieser die Verurtheilung von der inländischen Staatsbehörde nicht in Anspruch nimmt, weil das ausländische Strafgesetz milder ist, und gegen die Politik, resp. das Interesse des eigenen Staates, weil man in solchen Fällen die Strafe nur vergrößern, nicht vermindern könnte, während man zugleich

3) den durch die Gerichtspraxis befestigten Rechtsgrundsatz verletzt, nach welchem bei einem Conflicte der Gesetze das mildere Gesetz zur Anwendung gebracht werden soll.

4) Man unterwirft endlich den Inländer, der im Auslande ein Verbrechen beging, zweierlei Strafgewalten, der inländischen und ausländischen, ung geht von der offenbar irrigen Unterstellung aus, daß der Ausländer ein Recht oder der inländische Staat die Verpflichtung habe, die inländische Gesetzgebung auf ein von einem Inländer im Ausland gegen einen Ausländer verübtes Verbrechen in Anwendung zu bringen. Feuerbach, Lehrbuch ꝛc. §. 40. Justizministerialerlaß vom 29. Mai 1832, Nr. 3302.

Die Minorität hingegen wollte die Strafe des dritten Diebstahls erkannt wissen, weil dieser noch nicht abgeurtheilt sei.

Diese Ansicht dürfte den Vorzug verdienen. Es kann zwar nicht bestritten werden, daß die Gerichtsbehörde zu Gibelstadt, als forum del. com. et deprehensionis zur Untersuchung allerdings competent war; allein daraus folgt noch nicht, daß ihr auch die Aburtheilung zustand und daß sie wirklich die gesetzliche Strafe gegen die Inquisitin erkannte. Hätte das Patrimonialgericht zu Gibelstadt, statt die Sache kurzweg abzuthun, sich vorerst bei der Heimathsbehörde um den Leumund der Angeschuldigten erkundigt, und in Erfahrung gebracht, daß sie bereits wegen zweiten Diebstahls bestraft worden ist, so würde dasselbe sich ohne Zweifel zur Aburtheilung nicht füe competent erachtet, vielmehr die Acten dem Obergerichte zur Entscheidung vorgelegt haben. In diesem Falle wäre die Inculpatin sicher nicht mit einer dreitägigen Arreststrafe davon gekommen, die nur als eine polizeiliche Ahndung zu betrachten ist. War aber die Angeschuldigte aus einem Versehen der auswärtigen Untersuchungsbehörde mit der in Baiern auf den dritten Diebstahl gesetzten Strafe verschont geblieben, so wird sich kaum bezweifeln lassen, daß Grund zur Fällung eines weiteren Straferkenntnisses vorhanden gewesen ist. Der Unterthan, welcher einen fremden Staat oder Unterthan verletzt, handelt wider den völkerrechtlichen Frieden, und gefährdet dadurch seinen Staat, der eben darum ein eigenes rechtliches Interesse hat, solche Beleidigungen als Verbrechen wider sich selbst zu betrachten und zu bestrafen. Feuerbach l. c. Note a.

Darum bestimmt auch der Absatz 4 der Erläuterungen zum §. 2 des Strafedikts den Gerichtsstand gegen Inländer wegen auswärtiger Verbrechen. Die Bestimmung unter Absatz 2 lit. d schlägt dagegen hier nicht an, weil von keiner Auslieferung an die inländische Behörde die Rede ist. Die Inquisitin hat bei dem Patrimonialgericht zu Gibelstadt ihre frühern Diebstähle klugerweise verschwiegen, und nicht an das Bezirksamt Gerlachsheim zur Untersuchung abgeliefert zu werden verlangt, weil ihr bei Verkündung des Urtheils vom 24. Juli 1835, wodurch sie des zweiten fortgesetzten Diebstahls für schuldig erkannt wurde, bedeutet worden war, daß sie, wenn sie eines dritten Diebstahls sich schuldig mache, eine zweijährige Zuchthausstrafe zu erwarten habe. Soll sie nun, weil sie (zur Umgehung des inländischen Gesetzes) den dritten Diebstahl im Auslande verübt und in der desfallsigen Untersuchung die früheren Straffälle verheimlicht hat, nur mit einem dreitägigen Arreste büßen, ohne die angedrohte Zuchthausstrafe zu erleiden? So sehr darf man wohl das strafrechtliche Princip: „nullum crimen sine poena *legali*“ den völkerrechtlichen und politischen Grundsätzen nicht nachsetzen, um Verbrecher zu begünstigen. Dies will auch keineswegs der oben allegiete Justizministerialerlaß vom 29. Mai 1832, indem er nimmermehr bezweifelt, daß eine von einem Inländee im Auslande, insbesondere im Königreiche Baiern verübte Handlung, wenn sie nach den inländischen Gesetzen als eine strafbare erscheint, im Inlande bestraft werden könne und dürfe. Eine andere Frage ist die: ob die Strafe nach den Gesetzen des Auslandes oder des Inlandes zu dictiren sei? Die Doctrin verlangt, daß allemal das ausländische Gesetz zur Anwendung kommen soll, wenn es milder ist als das inländische. Dieser Grundsatz entspricht allerdings den Forderungen der Gerechtigkeit, weshalb er auch im §. 4 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden adoptirt worden ist. Wäre demgemäß die Inquisitin von dem großherzoglichen Hofgerichte zu der Strafe, welche nach der königlich baierischen Gesetzgebung auf den dritten Diebstahl gesetzt ist, verurtheilt worden, so hätte das Inland nue die Strafgewalt

Digitized by Google

des ausländischen Staates, dessen Gesetze verletzt wurden, in dem Sinne ausgeübt, wie es nach Feuerbach l. c. geschehen kann. Die Inquisitin wäre alsdann nicht zweierlei Strafgewalten unterworfen, und weder das Völkerrecht verletzt, noch der Politik zuwider gehandelt worden.

Bayer.

IV.

Zur Lehre vom Pfandrechte. Gegen den Aufsatz in Nr. 62, I. Jahrgang, S. 373 der Annalen.

In dem angeführten Aufsatze ist die Ansicht ausgesprochen: „Wer zur Sicherung einer nicht klagbaren natürlichen Verbindlichkeit einen Faustpfandvertrag eingegangen und vollzogen habe, könne diesen nicht wieder anfechten, und der Pfandinhaber habe alle Rechte, die ihm zustehen würden, wenn die Verbindlichkeit seines Gläubigers eine bürgerlich klagbare wäre."

Zur gesetzlichen Grundlage sollen dienen. L. 5 pr. D. de pign. 20, 1, die Analogie des Landrechtssatzes 2012 und Landrechtssatz 6 g.

Was nun

A. die citiete Pandektenstelle betrifft, so hängt deren Anwendbarkeit vorerst von Beantwortung der Präjudicialfrage ab: ob wir uns überhaupt hier in der Lage befinden, nach dem römischen Rechte greifen zu müssen, d. i. ob weder das klare Wort, noch Grund und Geist unseres neuen Landrechts in dem vorwürfigen Falle eine Entscheidung geben. Es ist aber

a) durch Landrechtssatz 6 g. bestimmt: daß natürliche Verbindlichkeiten keine Foederung gegen andere begründen sollen.

b) Der Landrechtssatz 2073 sagt: das Faustpfand gebe dem Gläubiger ein Recht, aus dem Pfandstück vor andern Gläubigern seine Zahlung zu foedern. Es gibt also nicht überhaupt ein Recht, Zahlung zu fordern, sondern nur ein Recht, die Zahlung (die man auch ohne das Pfand schon fordern konnte) aus diesem Pfand, vor allen andern Gläubigern, zu verlangen, und der Landrechtssatz setzt daher voraus, daß der Gläubiger ein solches Recht schon habe, das ihn zur Forderung der Zahlung befuge. Wenn nun ein solches Recht nach a. durch natürliche Verbindlichkeiten nicht begründet wird, so folgt, daß auf sie der Landrechtssatz 2073 nicht angewendet werden, für sie kein Faustpfand bestellt werden könne.

c) Dasselbe geht aus Landrechtssatz 2078 hervor, wo noch bestimmter angegeben ist, welche Rechte dem Faustpfandgläubiger aus dem Faustpfandvertrage erwachsen sollen, und wo der Eintritt dieser Rechte auf den „Nichtzahlungsfall" gestellt ist, d. h. auf den Fall, wenn der Schuldner die Zahlung zur Zeit, wo sie der Gläubiger fordern kann, nicht leistet. Denn bei natürlichen Verbindlichkeiten, wo der Gläubiger nie Zahlung fordern kann, können demselben auch die Rechte des Landrechtssatzes 2078 nie erwachsen, kann die Pfandbestellung nie von Wirkung seyn.

d) Der Landrechtssatz 2114 erklärt das Unterpfand als ein auf der Sache haftendes Recht, welches Liegenschaften für die Zahlung einer Schuld zu haften verbinde. Es kann mithin auch die Errichtung einer Hypothek (und diese ist in Bezug auf unsere Frage dem Faustpfand gleich zu achten) da keine Wirkung haben, wo die Schuld selber, für welche sie ja nur haften sollte, nie gefordert werden könnte.

e) Endlich ist aus den unter b, c, d allegirten Gesetzesstellen ersichtlich, daß die Pfandbestellung an der Natur der Hauptverbindlichkeit nichts ändere, daß letztere durch jene nicht an sich gültiger oder wirksamer werde, als sie vorher gewesen, sondern daß die Pfandbestellung nur die Erfüllung der Verbindlichkeit mit derselben und keiner andern Wirksamkeit und Gültigkeit sichere, als welche der Verbindlichkeit schon vorher zukam.

Hieraus dürfte, im Hinblick auf Landrechtssatz 6 a. geschlossen werden, daß unser Landrecht die Frage, ob eine Verbindlichkeit schon allein mit und durch die Pfandbestellung klagbar werde, keineswegs unberührt lasse, sondern solche geradezu verneinend beantworte, und daß daher der Fall nicht vorhanden sei, uns nach dem subsidiären römischen Rechte umsehen zu müssen.

B. Den Landrechtssatz 2012 anlangend, springt die Rechtsähnlichkeit des Bürgschafts- und des Pfandvertrags, insofern als beide die Sicherheit des Gläubigers bezwecken, allerdings von selbst in die Augen. Allein abgesehen davon, daß, wie unter A gezeigt seyn dürfte, die landrechtliche Lehre vom Pfandrechte sich hier nicht in der Dürftigkeit befindet, andere Lehren zur Aushülfe rufen zu müssen, so ist vielmehr gerade in dirser Gesetzesstelle durch die Verfügung, daß eine Bürgschaft nur bestehe, wenn sie für eine gültige, d. i. eine bürgerliche, Verbindlichkeit übernommen ist, die entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich das accessorium sich nach dem principale richte, unzweideutig ausgesprochen, und was dort von der Einrede der Minderjährigkeit gesagt ist, kann doch wohl (will man anders nicht die Begriffe von Klage und Einrede mit einander verwechseln), nicht zu der Behauptung führen, daß weil der Minderjährige diese Einrede habe, darum auch die Klage gegen ihn nicht Statt finde, beziehungsweise die von ihm übernommene Verbindlichkeit bürgerlich überall nicht existire.

Digitized by Google

C. Die hierher bezügliche Stelle des Landrechtssatzes 6 g. lautet wörtlich so:

„sie (die natürlichen Verbindlichkeiten) wirken jedoch, daß derjenige, der ihnen gemäß etwas gethan oder gegeben hat, es nicht wieder anfechten oder zurückrufen könne, wenn nicht die Befugniß hiezu für solchen Fall durch das bürgerliche Gesetz besonders begründet ist."

Wenn nun aber gleich das Bestellen eines Pfands durch eine Handlung, ein Thun bewerkstelligt wird, so möchte man doch die Absicht des Gesetzgebers weit verfehlen, wollte man auf den Grund der angezogenen Stelle dieses Thun an und für sich als einen modus acquirendi in der Art ansehen, daß hierdurch die natürliche Verbindlichkeit die Wirkung einer bürgerlichen bekomme. Denn einmal ist die Bestellung eines Pfands zur Sicherung einer Verbindlichkeit, durch welche die Pfandbestellung nicht ausdrücklich auferlegt ist, keine Handlung, welche der Verbindlichkeit gemäß geschieht, weil es nicht schon im Begriffe der Verbindlichkeit als solcher liegt, daß für sie ein Pfand bestellt werden müsse, und zum andern wollte, da die Erfüllung einer jeden Verbindlichkeit entweder durch ein Thun, oder durch ein Geben geschieht, durch die angezogene Gesetzesstelle, in Uebereinstimmung mit Landrechtssatz 1235 nur gesagt werden, daß eine erfüllte Verbindlichkeit, selbst wenn sie nur eine natürliche gewesen sei, nicht durch die condictio indebiti angefochten werden könne.

Zum Schlusse mag hier noch die Bemerkung stehen, daß, wäre die Ansicht des angegriffenen Aufsatzes richtig, dann blos allein durch Ueberredung zur Pfandbestellung alle von den Gesetzen ausdrücklich mißbilligten Verbindlichkeitsübernahmen, wie z. B. Spielschulden, zu klagbaren umgeschaffen, und zum Spotte der Gesetze in die Sphäre des Rechtsschutzes eingeschwärzt werden könnten.

Wengler.

Anmerkung. Ich würde hier einen Unterschied machen zwischen

1) denjenigen natürlichen Verbindlichkeiten, hinsichtlich deren das Gesetz jede Klage als unstatthaft erklärt, denen also ein verbietendes Gesetz entgegensteht,

2) und jenen, hinsichtlich deren das Gesetz nicht positiv ein Klagrecht statuirt, ohne jedoch die Klage in allen Fällen als unstatthaft zu verbieten.

Zu 1. In die erstere Kathegorie gehören namentlich die Spielschulden, welche das Gesetz (S. 1965) aus polizeilichen Gründen gar nie gerichtlich verfolgen lassen will, der Schuldner derselben mag sich auch noch so sehr zur Zahlung verpflichten.

Diese können nun, wie sich von selbst versteht, auch nicht durch einen Pfandvertrag gesichert werden, denn wenn die Schuld selbst unklagbar ist, so nützt auch das Pfand nichts, indem dieses nicht selbstständig, sondern nur zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, wegen der nun eine Klage nicht statt hat, in Anspruch genommen werden kann.

Zu 2. Allein es gibt noch viele natürliche Verbindlichkeiten, wegen deren das Gesetz nicht positiv ein Klagrecht einräumt, ohne gerade die (selbst Verträge beschränkende) Unstatthaftigkeit der Klage auszusprechen.

Hat z. B. Jemand dem Andern etwas geleistet, ohne als Geschäftsführer oder aus einem sonstigen Titel eine Vergütung dafür fordern zu können, so mag es gleichwohl als eine natürliche Verbindlichkeit desjenigen, dem die Leistung zu gut kam, betrachtet werden, dem Leistenden eine Vergütung zu thun, und wenn er sie gethan hat, so kann er sie nach S. 1235 Abs. 2 nicht mehr zurückfordern.

Eine solche natürliche Verbindlichkeit kann nun aber, obschon sie an und für sich kein Klagrecht begründet, durch Vertrag zu einer Rechtsverbindlichkeit erhoben werden, und wäre zur Sicherung des Vollzugs einer solchen natürlichen Verbindlichkeit ein Pfandvertrag errichtet, so hätte der natürlich Verbundene eben damit auch die bürgerliche Verbindlichkeit zur Zahlung der Schuld übernommen, und da der Uebernahme dieser Schuld kein gesetzliches Verbot im Wege steht, so ist sie damit für sich selbst auch klagbar geworden.

D. R.

Anzeige.

Mit dem Jahre 1838 beginnt der sechste Jahrgang dieser Zeitschrift, welcher von der bisherigen Redaction unverändert fortgesetzt wird, und halbjährig bei allen Buchhandlungen fl. 2 — und bei den Postämtern fl. 2 15 kr. kostet. Da die Postspeditionsgebühr, die wir bisher zum größten Theile getragen haben, wieder herabgesetzt wurde, so wird die Bogenzahl des neuen Jahrgangs vermehrt, so daß die verehrlichen Leser der Annalen mehr erhalten, und doch einen etwas geringeren Preis als in den letzten Jahren bezahlen dürfen.

Die bestehende Posteinrichtung macht es nöthig, daß das erste Semester des sechsten Jahrgangs neu bestellt wird, wir erlauben uns daher, die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Von den ersten fünf Jahrgängen sind noch wenige vollständige Exemplare zu haben, welche, so weit es möglich ist, noch zum wohlfeilen Subscriptionspreis abgegeben werden.

Karlsruhe, den 23. Dezember 1837.

Die Verlagshandlung.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfter Jahrgang. | Nro. 52. | Karlsruhe den 30. December 1837.

I.

Ist der oberste Gerichtshof befugt, auch außer den drei Fällen des §. 1238 der Prozeßordnung, sowohl Remmissorien als Ordinationen an die vorige Instanz zu erlassen.

Laub gegen Barth.

Der Kläger hatte begehrt, daß die Grenze zwischen seiner und des Beklagten Hofraithe nach dem Stand von 1806 wieder hergestellt und ihm hiernach das, was der Beklagte zu viel besitze, als Eigenthum zuerkannt werde.

Nach einem amtlichen Zwischenbescheid vom 6. Sept. 1834 sollte aber der Kläger vorerst beweisen: daß sein Eigenthum zwei oder wie viel Schuhe weiter gegen des Beklagten Hofraithe gegangen ist, als es jetzt durch die Grenzsteine bestimmt wird, und daß die Grenze vor zwei Jahren ohne sein Vorwissen verrückt wurde.

Auf weitere Verhandlung erfolgte unterm 20. Jenner 1835 der Endbescheid, des Inhalts:

„Es sei, unter Umgehung der Abhör der vorgeschlagenen Zeugen und der Feldrichter, der Kläger, unter Verfällung in sämmtliche Procßkosten, mit seiner Klage lediglich abzuweisen."

Dieses Erkenntniß wurde auf die von dem Kläger dagegen eingewandte Berufung am 19. August 1835 lediglich bestätigt. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen unter anderem:

„In Erwägung, daß das streitige Terrain nach der eigenen Angabe des Klägers nur 50 fl., oder nach der Taxation vom 13. Juli 65 fl. werth ist;

In Erwägung, daß er daher in dieser zum abgekürzten Verfahren gehörigen Sache den Beweis gleich mit der Klage hätte antreten sollen;

In Erwägung, daß er sich in der Klage zwar auf Zeugen berufen, aber weder Beweisartikel übergeben, noch angegeben hat, worüber die Zeugen abgehört werden sollen, daß der Beweisantritt daher wegen seiner Unförmlichkeit nicht berücksichtigt werden kann;

In Erwägung überdieß, daß die verspätet überreichten Beweisartikel das Beweisthema bei weitem nicht erschöpfen, weil daraus, daß der Kläger vor zwei Jahren mehr Terrain besessen, noch lange nicht folgt, daß er das ihm jetzt angeblich fehlende Maß käuflich oder mit sonstigem Eigenthumstitel erworben habe;

In Erwägung, daß die von der Feldschied zu beantwortenden Fragen eben so unerheblich sind, weil daraus, daß Kläger bei der Steinsetzung nicht gegenwärtig war, und daß einer oder mehrere neue Steine gesetzt worden sind, der Schluß nicht gezogen werden kann, daß der Kläger durch diese Steinsetzung an seinem Eigenthum verkürzt worden sei;

In Erwägung, daß der erste Theil des amtlichen Beweisinterlocuts zwar nicht bestimmt genug gefaßt ist, daß es darauf aber nicht ankommt, weil der vollständige Beweis gleich mit der Klage hätte angetreten werden sollen;

In Erwägung, daß der Kläger auch in dieser Instanz keinen anderen Beweis angetreten hat."

A. d. G. ꝛc.

Der Kläger, hiemit nicht zufrieden, brachte die Sache, der mangelnden Summe ungeachtet, an den obersten Gerichtshof, welcher unterm 28. Oktober 1836 zu Recht erkannte:

„daß das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und die Sache mit der Weisung zurückzusenden sei, daß der Appellationsrichter auf Beweis der Klage zu erkennen, und nach ordnungsmäßiger Verhandlung definitiv zu entscheiden habe ꝛc. ꝛc."

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß zwar eine Oberappellation wegen eines in die Entscheidungsgründe aufgenommenen unwahren Rechtssatzes nach §. 1177 der Prozeßordnung nicht Statt hat, dagegen solche allerdings alsdann geltend gemacht werden kann, wenn sie auf Verletzung der Vorschriften des Verfahrens durch den Appellationsrichter selbst gestützt wird;

Digitized by Google

In Erwägung nun, daß das Hofgericht die Vorschriften für's Verfahren verletzte, indem es, durch irrige Anwendung des §. 673 Nr. 2 verleitet, da nicht auf Beweis erkannte, wo zufolge der §§. 393, 1171 und 1223 solches geschehen sollte, wurde wie geschehen erkannt. —

Das Großherzogliche Hofgericht stellte dagegen in einem Berichte vom 9. November 1836 dem obersten Gerichtshofe vor:

„Da in Fällen, wo ein Endurtheil wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens angefochten ist, die als fehlerhaft erfundene Handlung ohne Zurückweisung an den vorderen Richter vor dem Appellationsgerichte selbst neu vorgenommen und nach Verschiedenheit des nunmehrigen Ergebnisses der Handlung das Urtheil in der Hauptsache bestätigt oder abgeändert werden soll — §. 1224 der Prozeßordnung — so halten wir unsere Competenz zur weiteren Verhandlung nicht für begründet."

„Die Frage: ob eine von der Appellationsinstanz endgültig entschiedene, im Wege der Oberberufung an das höchste Obergericht wegen Beschwerde über Verletzung gesetzlicher Vorschriften des Verfahrens gelangte Sache unter Aufhebung des letzteren an den früheren Richter zur neuen Verhandlung und Entscheidung vom obersten Gerichte zurückgewiesen werden dürfe? ist in den Annalen Jahrgang I. S. 381 negativ beantwortet. — Indem wir uns auf diese erschöpfende und gründliche Erörterung der Kürze wegen beziehen, müssen wir Großh. Oberhofgerichte überlassen, ob nicht von dort aus die weitere Verhandlung und Erlassung des Erkenntnisses in der vorliegenden Sache angeordnet werden wolle, wobei wir zu berücksichtigen bitten, wie der Umstand, daß sich die Sache nur wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens zum dritten Rechtszug eignet, die Anwendbarkeit jener Rechtsfrage nicht aufheben kann, indem, wenn überhaupt die Oberberufung aus irgend einem Grunde zulässig ist, die für die Verhandlung des Rechtsmittels bestehenden Vorschriften ohne Unterschied einzuhalten sind." —

Auf diesen Bericht ward in einem Erlaß des obersten Gerichtshofs vom 6. Dez. 1836 erwiedert:

„So unbedingt auch durch §. 1223 und 24 der Grundsatz ausgesprochen ist, daß bei einmal ergangenem Endurtheil der höhere Richter nicht zurückweisen, sondern selbst definitiv entscheiden und des Endes die in der vorigen Instanz etwa begangenen Fehler im Verfahren selbst repariren soll, so muß doch diese Bestimmung überall da eine Ausnahme leiden, wo auf der einen Seite eine wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens erhobene Appellationsbeschwerde gegründet erscheint, auf der andern Seite aber der Oberrichter entweder nach der Natur der Sache oder vermöge gesetzlicher Bestimmung außer Stand ist, selbst den Formfehler zu verbessern. Dieser Fall tritt für das Oberhofgericht immer ein, wenn der formelle Fehler des Appellationsrichters darin bestand, daß er erhebliche bestrittene Thatsachen nicht zum Beweis aussetzte, weil der §. 1242 alles Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise, sonach auch Beweiserkenntnisse, für die dritte Instanz untersagt." *)

„Von dieser Ansicht ausgehend und nach Ansicht des §. 1176, wornach in Fällen, welche sich der Summe nach nicht zur Competenz des Oberhofgerichts eignen, dieses sich auf Prüfung und Entscheidung der formellen Beschwerde zu beschränken hat, erließ das Gericht das in gegenwärtiger Sache ergangene Erkenntniß, und nachdem dies einmal geschehen, würde es, nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 1165 der Prozeßordnung selbst bei geänderter Ansicht außer Stand seyn, die von dem Großherzoglichen Hofgericht gewünschte Aenderung zu machen."

Das Großherzogliche Hofgericht ließ nun die Sache bis auf Anrufen zu den Acten gehen. Nachdem ein solches eingekommen war, wurde Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung angesetzt, in welcher der appellantische Anwalt darauf antrug, durch einen Zwischenbescheid der oberhofgerichtlichen Ordination zu entsprechen, indem er die Frage: welche Thatsache zum Beweis auszusetzen seyn möchte? der richterlichen Beurtheilung anheimstellte.

Der appellatische Anwalt dagegen focht das oberhofgerichtliche Erkenntniß als durchaus gesetzwidrig an und behauptete zugleich, daß solches gar nicht befolgt werden könne, theils weil schon vom Richter erster Instanz sachgemäß auf Beweis erkannt worden, theils weil schlechterdings keine erhebliche Thatsache, welche doch nothwendig den Gegenstand des Interlocuts ausmachen müßte, in der Appellationsinstanz vorgetragen worden sei. Es handle sich nämlich überall nicht von einem materiellen Unrechte, welches in einer Formverletzung seinen Grund hätte; die Prozeßordnung lasse aber bloß formelle Beschwerden für sich allein gar nicht zu, es sei denn — was hier nicht der Fall — daß wesentliche Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens verletzt wären. Gerade deßwegen, weil der §. 1176 namentlich den Fall Nr. 3 des §. 1175 in sich begreife und dieser eine materielle Beschwerde fordere, könne es keinem Zweifel unterliegen, daß der Oberrichter sich nicht bloß auf Prüfung und Entscheidung der formellen Beschwerde zu beschränken habe. Der §. 1176 sondere die formellen und materiellen Beschwerden keineswegs von einander ab, sondern verordne nur, daß

*) Man sehe dagegen Annalen von 1837 Nr. 1, wo der oberste Gerichtshof der entgegengesetzten Ansicht geshuldigt hat, die nun von dem Gesetzgeber in §. 1242 a. der Prozeßnovelle für die richtige erklärt ist.

Digitized by Google

selbst von mehreren Beschwerden, in Ermanglung der Appellationssumme, bloß diejenige vom Oberrichter zugelassen und beurtheilt werden dürfe, welche aus einer Formverletzung hervorgegangen ist. Wäre aber auch dieser Sinn im §. 1176 nicht deutlich ausgedrückt, so würde wenigstens der §. 1224 alle Zweifel hierüber lösen. Insbesondere sei die Ordination „auf Beweis der Klage zu erkennen" eine ganz unjuristische Zumuthung, weil nach den §§. 393 und 400 der Prozeßordnung nur erhebliche Thatsachen zum Beweis ausgesetzt werden könnten. Aber auch hievon abgesehen, so lasse die Prozeßordnung überall keine Ordinationen zu, weil sie verordne, daß der höhere Richter die Fehler und Versehen der vorigen Instanz selbst verbessern soll. In dem zur Verhandlung ausgesetzten Falle sei überdieß kein Grund zu einer Ordination vorgelegen, da weder in dem Oberappellationslibelle noch in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen auch nur mit einer Silbe davon Erwähnung geschehe, daß durch die Umgehung eines Beweiserkenntnisses in zweiter Instanz dem Kläger eine materielle Beschwerde zugefügt worden, während doch nur unter dieser Voraussetzung nach den §§. 1175 Nr. 3 und 1177 ein weiterer Rechtszug zuläßig gewesen sei. *)

Gesetzt aber auch, das Appellationsgericht müßte dessenungeachtet ein Beweiserkenntniß erlassen, so könnte ihm nach den §§. 405 und 406 der Prozeßordnung doch nicht verwehrt werden, vor oder nach Erhebung des Beweises einer andern Ueberzeugung zu folgen und den Amtsbescheid lediglich zu bestätigen, als worauf hiermit angetragen werde.

Auf diese Verhandlung erfolgte unterm 29. April 1837 mit Stimmeneinhelligkeit ein Urtheil, wodurch der amtliche Bescheid vom 20 Januar 1835, unter Verfällung des Klägers Appellanten in die Kosten, (wiederholt) bestätigt, also die Sache auf den Standpunkt vom 19. August 1835 zurückgeführt worden ist.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger stützt seine Klage auf Berichtigung, beziehungsweise Herstellung der alten Grenzen seines an jenes des Beklagten stoßenden Eigenthums, auf die thatsächliche Behauptung, daß zwei Jahre vor Anstellung der Klage die Grenzmale zwischen seiner Scheuer und seinem Garten und der Hofraithe des Beklagten eigenmächtig von Letzterem verrückt worden seien.

Der Beklagte hat dies aber ausdrücklich widersprochen und es wurde daher dem Kläger von dem Unterrichter nach §. 400 der Prozeßordnung durch dessen Zwischenurtheil vom 6. September 1834 mit Recht der Beweis der behaupteten Grenzverrückung auferlegt.

Der von dem Kläger hierauf angetretene Zeugenbeweis erscheint indessen als unerheblich, da die Zeugen nach den Beweisartikeln weder darüber Auskunft geben sollen, wo sich die angeblich verrückten Grenzmale früher befunden, noch darüber, daß sie überhaupt und einseitig, ohne Zuzug des Klägers, verrückt worden seien. Die Thatsache, auf welcher die erhobene Klage beruht, ist daher nicht bewiesen, und da dieselbe, den Vorschriften des §. 373 und 400 der Prozeßordnung gemäß, bereits in erster Instanz zum Beweis ausgesetzt wurde, so liegt kein Grund vor, ein wiederholtes Beweiserkenntniß zu erlassen, welches anzuordnen auch wohl nicht in dem Sinne des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 28. October vorigen Jahres liegen konnte, da solches anscheinend von der Voraussetzung ausgieng, daß das diesseitige Erkenntniß vom 19. August 1835 allein darauf beruht hätte, daß der Kläger auf den Grund des §. 673 Nr. 2 der Prozeßordnung den Beweis seines Klaggrundes mit der Klage selbst hätte antreten sollen. Ueberdies konnte aber auch der oberhofgerichtlichen Auflage, auf Beweis der Klage zu erkennen, wegen der Allgemeinheit ihrer Fassung, nicht entsprochen werden, weil nach der Prozeßordnung ohne Angabe bestimmter, erheblicher Thatsachen, welche zum Beweis ausgesetzt werden könnten, ein Beweiserkenntniß nicht erlassen werden darf.

A. d. Gr. ꝛc.

In einer Eingabe vom 11. Mai zeigte der Anwalt des Klägers das Rechtsmittel der Appellation, Cassation und Beschwerdeführung an das Großherzogliche Oberhofgericht an. Darauf erfolgte am 13. Juni der oberhofgerichtliche

Beschluß:

In Erwägung, daß hier keine Justizverweigerung vorliegt, indem das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises wirklich in der Sache Verhandlung gepflogen und hierauf ein Erkenntniß ertheilt hat, und in Anbetracht, daß auch keiner der übrigen im §. 1244 der Prozeßordnung bezeichneten Fälle vorhanden ist, bei welchem das Rechtsmittel der Beschwerdeführung Statt findet, wird die gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 29. April dieses Jahres anher ergriffene Beschwerdeführung, unter Verurtheilung des Querulanten in die deßfalls entstandenen Kosten, als unstatthaft verworfen.

Es blieb nun noch das Erkenntniß über das Rechtsmittel in der Hauptsache übrig, welches am 31. October dahin erlassen ward:

„Wenn das Großherzogliche Hofgericht nach den Gründen seiner Entscheidung vom 19. August 1835 damals von der Ansicht ausgieng, daß es auf einen vom Kläger zu füh-

*) Vergleiche Annalen von 1836, S. 267.

Digitized by Google

renden Beweis ankomme und daß über denselben vom Unterrichter ein nicht hinreichend bestimmtes, also nicht genügendes Zwischenurtheil erlassen sei, daß aber dieser Umstand nicht weiter erheblich sei, weil Kläger in dieser zum abgekürzten Verfahren geeigneten Sache die erforderlichen Beweise schon mit der Klage freiwillig hätte antreten sollen, so konnte wohl das Oberappellationsgericht hierin eine durch irrige Anwendung des §. 673 Nr. 2 der Prozeßordnung unterlaufene Verletzung der Vorschriften für's Verfahren finden und dadurch seine Competenz, trotz des Mangels der Beschwerdesumme, nach §. 1175 für begründet halten; wenn aber nunmehr in seinem neuesten Erkenntnisse vom 29. April laufenden Jahres das Hofgericht die Klage mit Umgehung eines gehörig bestimmten Beweiserkenntnisses aus dem materiellen Grunde der Unvollständigkeit der factischen Klagbegründung verwarf, so liegt hierin keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens. Da aber das aberkannte Streitobject nur 65 fl. werth ist, so findet wegen Mangels der Beschwerdesumme die Appellation nicht Statt. In Erwägung dessen und nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung, den Kostenpunkt betreffend, wird die gegen das letztgedachte hofgerichtliche Erkenntniß anher ergriffene Oberappellation, unter Verfällung des Oberappellanten in die Kosten, als unzuläßig verworfen. —"

Bayer.

II.

Anfrage.

Ist die folgende testamentarische Verfügung gültig oder ist sie dem S. 896 entgegen?

A. soll Erbe seyn, wenn er das Alter der Volljährigkeit erlangt; ist dies nicht der Fall, stirbt er nämlich vor erreichter Volljährigkeit, so soll B. erben. Stirbt der Erblasser vor dem A., und ehe dieser das 21ste Jahr zurückgelegt hat, so soll das Vermögen administrirt und admassirt werden, bis sich entscheidet, ob A. oder B. Erbe seyn werde.

Antwort der Redaction. — Sie ist gültig. Sie enthält keine Aftererbsetzung. Es fehlt an dem, was der S. 896 bei einer Aftererbsetzung fordert, wornach nämlich der eingesetzte Erbnehmer verpflichtet seyn soll, nach seinem Tode das Erbe einem Dritten zu hinterlassen. Man kann weder von A. noch von B. sagen, daß ihm das Vermögen des Testirers mit dieser Auflage vermacht sei; denn

1) dem A. ist es nur für den Fall, daß er die Volljährigkeit erreiche, vermacht, und in diesem Falle bleibt er dann unbeschränkter Eigenthümer des Erbes, er hat Niemanden etwas aufzubewahren und zurückzuliefern; und

2) dem B. ist ebenfalls nichts vermacht, außer für den Fall, daß A. vor erreichter Volljährigkeit sterbe. In diesem Falle ist er aber unbeschränkter Eigenthümer und hat nichts mehr auszuliefern. Auch erhält er in diesem Falle das Vermögen nicht aus dem Nachlasse des verstorbenen A., sondern unmittelbar aus der bis dahin administrirten Verlassenschaft des Testirers. Aus S. 1040 geht hervor, daß es zuläßig ist, den letzten Willen auf eine Bedingung zu stellen, die von einem noch ungewissen Ereignisse abhängt, also auch auf die Bedingung, daß A. das Volljährigkeitsalter erreiche.

Sodann ist die Bestimmung, wer Erbe seyn soll, wenn diese Bedingung nicht eintrete, wenn also die Einsetzung des A. zerfalle, nur eine Nacherbsetzung, die der S. 898 von der Aftererbsetzung unterscheidet und gültig erklärt.

D. R.

Anzeige.

Mit dem Jahre 1838 beginnt der sechste Jahrgang dieser Zeitschrift, welcher von der bisherigen Redaction unverändert fortgesetzt wird, und halbjährig bei allen Buchhandlungen fl. 2 — und bei den Postämtern fl. 2 15 kr. kostet. Da die Postspeditionsgebühr, die wir bisher zum größten Theile getragen haben, wieder herabgesetzt wurde, so wird die Bogenzahl des neuen Jahrgangs vermehrt, so daß die verehrlichen Leser der Annalen mehr erhalten, und doch einen etwas geringeren Preis als in den letzten Jahren bezahlen dürfen.

Die bestehende Posteinrichtung macht es nöthig, daß das erste Semester des sechsten Jahrgangs neu bestellt wird, wir erlauben uns daher, die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

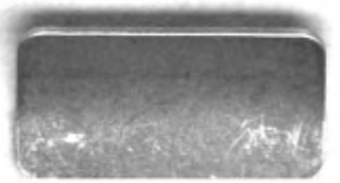
Von den ersten fünf Jahrgängen sind noch wenige vollständige Exemplare zu haben, welche, so weit es möglich ist, noch zum wohlfeilen Subscriptionspreis abgegeben werden.

Karlsruhe, den 23. Dezember 1837.

Die Verlagshandlung.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google



Digitized by Google